العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ
عقد التأجير التمويلي

دراسة مقارنة

سيد أحمد مسيردي



الطبعة الأولى
2013

العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي

دراسة مقارنة بين قوانين فرنسا والجزائر والأردن

تأليف

سيد أحمد مسيردي



الطبعة الأولى

2013

رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية : 2012/8/3110
مسيردي، سيد احمد
العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي / سيد أحمد مسيردي. – عمان: دار وائل، 2012.

(288) ص
ر.إ. : 2012/8/3110
الواصفات: العقود//التأجير التمويلي//القانون//الأردن//فرنسا//الجزائر
* يتحمل المؤلف كامل المسؤولية القانونية عن محتوى مصنفه ولا يعبّر هذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أخرى.

****

رقم التصنيف العشري / ديوي : 346,4344
ISBN 978-9957-91-041-9 (ردمك)

* العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي
* سيد احمد مسيردي
* الطبعـــة الأولى 2013



دار وائــل للنشر والتوزيع
* الأردن – عمان – شارع الجمعية العلمية الملكية – مبنى الجامعة الاردنية الاستثماري رقم (2) الطابق الثاني
هــاتف : 5338410-6-00962 – فاكس : 5331661-6-00962 – ص. ب (1615 – الجبيهة)
* الأردن – عمــان – وســط البـلد – مجمــع الفحيص التجــاري – هــــاتف: 4627627-6-00962
www.darwael.com
E-Mail: Wael@Darwael.Com

وقفـــة

قال الله تعالى:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾

[الآية (1) من سورة المائدة]

إهداء

بسم الله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، والحمد لرب العزة أن كتب لهذا المنتوج الفكري أن يرى النور.

قضت سنة الرحمان في الحياة أن لا يحقق المرء أحد أهدافه إلا وارتسمت في مخيلته صور أشخاص احتلوا قلبه لرابطة دم أو لاختيار قلب أو لسابق فضل، وبما أن ثمرة هذا الكتاب قد أينعت فإن أهديها إلى من أعرف أنهم يشاركونني نشوة سعادتي بها:

إلى نبع الحب والحنان، إلى معنى العطف والإحسان، إلى مدرسة الأخلاق والإيثار، إلى من تحت قدميها جنة الرضوان، إلى أمي الحبيبة.

إلى قدوتي الخيرة في الوجود، إلى معلمي الفاضل في الحياة، إلى من شقي من أجل سعادتي، إلى من غرس في مكارم الأخلاق، إلى أبي الغالي.

إلى جزائر الشهداء، بلدي وأصلي وفخري.

إلى أردن الخير ونشامى الكرم اعترافا بفضل التكوين وحسن الضيافة.

إلى سندي في الحياة أخوي يوسف ومحمد منير.

إلى شمس العائلة المشرقة أختي العزيزة.

إلى رفيقة الروح خطيبتي المحترمة.

إلى كل من ساهم في إعداد هذا المؤلف وعلى رأسهم أستاذي الدكتور فائق محمود محمد الشماع.

إلى كل الأهل والأقارب، وعلى وجه الخصوص من يحمل لقبي (مسيردي) و(محلي).

إلى جميع الأصدقاء والأحباب.

الملخص

مسيردي، سيدأحمد. العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي، دراسة مقارنة بين قوانين فرنسا والجزائر والأردن. رسالة ماجستير بجامعة اليرموك. 2011. (المشرف: أ.د. الشماع ، فائق محمود محمد).

تطرقت هذه الدراسة لموضوع العلاقات القانونية الثلاث التي تنشأ في ظل تكوين عقد التأجير التمويلي وتنفيذه، حيث أوضحت تكييف كل علاقة والآثار الناجمة فيها على ضوء القانون الجزائري والقانون الأردني، مع استقراء موقف المشرع الفرنسي من ذلك كلما أمكن. وخلص البحث إلى أن التأجير التمويلي عقد ثنائي الأطراف يجمع المؤجر بالمستأجر، ولكن يلزم لتكوينه وتنفيذه إبرام عقد آخر هو عقد التوريد (أو عقد المقاولة) وتدخل شخص ثالث هو المورد (أو المقاول). ورغم استقلال عقد التأجير التمويلي عن عقد التوريد (أو عقد المقاولة) إلا أنهما يتفاعلان في أكثر من موضع، وقد فسر الفقه هذا التكامل بين العقدين وفق نظرية المجموعة العقدية. فيحكم عقد التأجير التمويلي العلاقة بين المؤجر والمستأجر، وينظم عقد التوريد (أو عقد المقاولة) العلاقة بين المؤجر والمورد (أو المقاول)، فيما يقرر القانون دعوى شخصية ومباشرة للمستأجر في مواجهة المورد (أو المقاول). وانتهت الدراسة بتوصية المشرع بضرورة التدخل لتوضيح العلاقة بين عقدي التأجير التمويلي والتوريد (أو المقاولة) أولا، ومراعاة الأحوال التي يرد فيها عقد التأجير التمويلي على عقار مما يستدعي المؤجر إلى إبرام عقد مقاولة أو عقد بيع حسب الأحوال ثانيا، وتقرير دعوى شخصية ومباشرة بنص القانون يرجع بها المورد (أو المقاول) على المستأجر بما له من حقوق اتجاه المؤجر ثالثاً.

الكلمات المفتاحية: عقد التأجير التمويلي، عقد الاعتماد الإيجاري، عقد التوريد، المجموعة العقدية، المؤجر التمويلي، المستأجر التمويلي، المورد، قانون التأجير التمويلي الأردني، قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

الفهــرس

الفصل الثاني

علاقتا طرفي عقد التأجير التمويلي بالمورد (أو المقاول)

المقدمة

يعد الاستثمار شريان الحياة الاقتصادية في الدولة، ذلك أنه يؤدي إلى دفع عجلة التنمية المحلية في مختلف القطاعات. غير أنه يقف في طريق المشروعات الاستثمارية العديد من العوائق، لعل من أهمها مشكلة التمويل. وحتى وقت قريب، كان المعروف أن سبل الحصول على التمويل المتاحة أمام المستثمرين كانت تتمثل – أساساً – في ثلاث مصادر:

أ. التمويل الذاتي للمشروع.

ب. الاقتراض لأجل مسمى بفوائد معينة ووفقا لشروط محددة.

ج. وعلاوة على ذلك، تستطيع الشركات التجارية زيادة رأس مالها عن طريق إصدار أسهم جديدة أو تجنيب قدر من أرباحها في صورة احتياطات.

ولكن التطبيق كشف الكثير من الصعوبات والانتقادات التي تكتنف المصادر السابقة، فتخصيص جزء من رأس المال لشراء معدات جديدة للإنتاج يعني تجميد ذلك الجزء دون استثمار مما يؤدي إلى تقليص السيولة المالية للمشروعات، أما اللجوء إلى الاستدانة فيتطلب تقديم ضمانات وتحمل دفع فوائد دورية للمقرض مع الالتزام برد أصل الدين في آجال قد لا تخدم مصالح المقترض، هذا في الأحوال التي يقبل فيها طلب الاقتراض أصلا. كما أن زيادة رأس مال الشركة قد تقتضي دخول شركاء جدد فيها، وهو أمر لا يحبذه التجار عادة.

وأمام الانتقادات السابقة الموجهة لطرق التمويل التقليدية، ابتدع الفكر الاقتصادي[1] طريقة تمويل جديدة تعرف بـ(التأجير التمويلي)، ولما كانت

---

(1) فكرة التأجير التمويلي ظهرت وطبقت في الولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة 1950، ثم انتقلت إلى بريطانيا وفرنسا في بداية الستينيات من القرن العشرين، ثم حظي التأجير التمويلي بعد ذلك بتنظيم تشريعي من طرف المشرع الفرنسي سنة 1962. لمزيد من التفصيل، انظر: دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 1998. ص10.

القاعدة القانونية تعنى بتنظيم الظواهر الموجودة على أرض الواقع، فسرعان ما بادر المشرعون في مختلف الدول إلى تنظيم هذه الظاهرة الاقتصادية المستجدة بقوانين خاصة.

وتشير معظم الدراسات الباحثة في التأجير التمويلي إلى أن البدايات الأولى لهذا العقد في العصر الحديث ظهرت في مطلع الخمسينات من القرن الماضي في الولايات المتحدة الأمريكية تحديدا[1].

كما يبدو أن ظهور عقد التأجير التمويلي مرتبط برجل أمريكي يدعى (Jonior Boothe) كان يملك مصنعا لإنتاج المواد الغذائية المعلبة، وأثناء الحرب الكورية عام 1950 لجأ الجيش الأمريكي إلى التعاقد مع السيد (Boothe) لتزويد الجيش بمنتجاته، إلا أن طاقة المصنع الإنتاجية كانت لا تكفي لإنتاج الكميات الكبيرة التي طلبها الجيش الأمريكي، كما لم يكن لدى مالك المصنع الأموال الكافية لشراء آلات إنتاج جديدة، ولما كان السيد (Boothe) لا يرغب في خسارة هذه الصفقة المربحة، اهتدى إلى فكرة تأجير الأصول[2] الإنتاجية التي يحتاجها، وبالفعل اتضح أن هذا الحل فعال وأجدى اقتصادياً[3]، مما دفع بالسيد (Boothe) إلى تأسيس شركة (United States Leasing Corporation) سنة 1952. وتعد الأخيرة أول شركة تحترف التأجير التمويلي ليس في الولايات المتحدة الأمريكية فحسب، بل في العالم أجمع[4].

---

(1) Bey, E.M: de la symbiotique dans le leasing et crédits-bails mobiliers, Dalloz, 1970, page 3.

(2) الأصول مفردها الأصل، وستستخدم في هذه الدراسة بمعنى المال أو العين.

(3) Dosse, CH, le leasing (crédit-bail) aux Etats-Unis, revus banque (technique bancaire), 1976, page 295.

(4) Gaudrion, C: étude comparé du crédit-bail (leasing) entre la Grande Bretagne et les états unis, thèse de doctorat, faculte de sciences économiques, Paris 1, 1971, page 3.

ولم يلبث التأجير التمويلي حتى انتشر في الولايات المتحدة الأمريكية، لينتقل بعد ذلك إلى القارة الأوروبية ابتداء بالمملكة المتحدة التي تم افتتاح فروع للشركات الأمريكية بها، مثل شركة (Mercantile Credit Company) التي استمرت في نشاطها حتى بعد انقضاء الشركة الأمريكية الأم[1]. ثم انتشرت عدوى التأجير التمويلي إلى العديد من الدول الأوروبية مثل فرنسا[2].

ففي فرنسا، عرف هذا النظام عام 1962 عندما تم إنشاء شركة (Loca France) كأول شركة مارست التأجير التمويلي في الجمهورية الفرنسية، وبعد ذلك قام المشرع الفرنسي بتنظيم هذا العقد تشريعيا من خلال القانون رقم 455 لسنة 6196 الذي وضع القواعد القانونية لتنظيم عمليات التأجير التمويلي، ليكون هذا القانون هو الأصل التشريعي التاريخي لهذا العقد. وعليه، إذا كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي صاحبة السبق التطبيقي لفكرة التأجير التمويلي، فإن فرنسا هي صاحبة السبق التشريعي في تنظيم عقد التأجير التمويلي، لذا سيكون القانون الفرنسي مرجعا مهما في هذه الدراسة.

ثم حظي عقد التأجير التمويلي بتنظيم تشريعي في العديد من الدول العربية على غرار القانون الجزائري رقم 09 لسنة 1996 المتعلق بالاعتماد الإيجاري، والقانون الأردني رقم 45 لسنة 2008 المتعلق بالتأجير التمويلي.

كما تجدر الإشارة إلى أن عقد التأجير التمويلي كان محلا للتنظيم من طرف اتفاقيات دولية مثل (اتفاقية أتوا)[3] الخاصة بالتأجير التمويلي الدولي لسنة 1988.

---

(1) Gaudrion, C, op.cit, page 139.

(2) Bey. E.M, op.cit, page 3.

(3) النص الكامل لاتفاقية أتاوا المتعلقة بالتأجير التمويلي الدولي متوفر على الموقع الإلكتروني: http://www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/1988leasing-f.htm

والتأجير التمويلي[1] – من الناحية القانونية[2] – هو عقد يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور سواء كان منقولا أو عقارا لمدة محددة مقابل بدل يتفق عليه مع المؤجر، ويكون للمستأجر في نهاية المدة شراء المأجور بثمن مخفض عادة أو رد العين المؤجرة أو تجديد العقد[3].

يتضح – إذن – أن التأجير التمويلي هو – من الوجهة الاقتصادية – وسيلة تمويل، أما من الناحية القانونية فهو عقد يقوم على آلية تجمع بين العديد من القواعد القانونية الخاصة ببعض العقود[4] (مثل الوعد بالتأجير والإيجار والوكالة والبيع والوعد بالبيع ...)، وهذا يجعل من التأجير التمويلي نظاما قانونيا مركبا جديدا قائما بذاته، تنظمه قواعد قانونية ومحاسبية وضريبية تتناسب مع وظيفته المتمثلة في التمويل عن طريق التأجير، وهذا يعد بحق ذروة التطور القانوني للصيغ التمويلية الحديثة مواكبة للتطورات الاقتصادية التي يعرفها التطبيق.

هذا وتظهر أهمية عقد التأجير التمويلي من المزايا العديدة التي يحققها لكل من المستأجر والمؤجر والمورد والاقتصاد الوطني: فالتأجير التمويلي يوفر للمستأجر وسيلة تمويلية لمشروعه، تسمح له بتطوير معدات الإنتاج أو إحلال معدات جديدة

---

(1) التأجير التمويلي هي التسمية التي يطلقها المشرع الأردني على هذا النوع من العقود في القانون رقم 45 لسنة 2008، ويسميه المشرع الجزائري (الاعتماد الإيجاري) في القانون رقم 09 لسنة 1996، ويسميه المشرع الفرنسي (Le crédit-bail) في القانون رقم 433 لسنة 1962. كما أن هذا العقد عرف أول مرة عندما ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية بـ(عقد الليزنغ)، ولذا ستستعمل في هذه الدراسة مصطلحات التأجير التمويلي والاعتماد الإيجاري والليزنغ بنفس المعنى للدلالة على هذا النوع من العقود.

(2) لم يعرف المشرعان الجزائري والأردني عقد التأجير التمويلي، ولا غرابة في ذلك مادام التعريف من عمل الفقه.

(3) Galais, Jean Auloy, répertoire de droit commercial, tome 3, crédit-bail (leasing), Encyclopédie juridique, Dalloz, France, 1999. Page 2, paragraphes 1 et 2.

(4) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص2.

بدلها مواكبة للتطور التكنولوجي، دون أن يتضرر من الصعوبات العديدة المصاحبة لوسائل التمويل التقليدية، كما يتيح التأجير التمويلي طريقة للمؤجر لاستثمار أمواله وفق أسلوب يضمن نفسه بنفسه (استرداد المأجور في حالة عدم دفع الأجرة)، ودون أن يتحمل المؤجر تبعة الهلاك أو الأضرار الناجمة عن المأجور. وفيما يخص الموردين، يعد التأجير التمويلي وسيلة لتصريف منتجاتهم مع الحصول على أثمانها فورا. وعلاوة على كل ذلك، لا تقف مزايا التأجير التمويلي على أطرافه فحسب، وإنما تنعكس على الاقتصاد القومي كذلك من خلال دفع عجلة التنمية الاقتصادية، ذلك أن التأجير التمويلي يسمح بزيادة وتطوير المشروعات الإنتاجية التي تمثل إنتاجيتها إضافات للناتج القومي من جهة، وتسمح بإيجاد فرص عمل جديدة من جهة أخرى[1].

ومن أهمية عقد التأجير التمويلي تستمد هذه الدراسة أهميتها. وزيادة على ذلك، قيام المشرعين في الدول العربية بإصدار قوانين خاصة حديثة – نسبياً – تنظم التأجير التمويلي لم يواكبه الفقه والقضاء، إذ لم ينل هذا العقد حقه من البحث والتحليل[2]، ومن هنا تتجسد أهمية هذه الدراسة في محاولة ربط البحث العلمي

---

(1) حول أهمية عقد التأجير التمويلي انظر:

Belkaoui, Ahmed Riahi, long term leasing, accounting, evaluation, consequences, London, England, 1998, pages 24, 25, 26.

(2) لاحظ البعض في دراسات إحصائية قام بها «كثافة الدراسات حول تجارب التأجير التمويلي في الدول الصناعية، وندرتها أو انعدامها في الدول النامية». لمزيد من التفصيل انظر:

مقابلة، علي وجودة، محفوظ، معوقات التأجير التمويلي في الأردن، بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد الثامن عشر، العدد الرابع، 2003، ص89.

وكذلك قال آخرون بحداثة التأجير التمويلي في الأردن، لمزيد من التفصيل، انظر: عساف، طاهر، التعريف بالتأجير التمويلي، مزاياه، معوقاته، مداخلة قدمت في ملتقى نظمه مركز عمان الدولي حول التأجير التمويلي بتاريخ 22/ 1/ 2010، ص22. وهي متوفرة على الموقع الإلكتروني:

Awtc.com/pdf/introduction_to_financial leasing_taher assaaf.ppt.

تاريخ تصفح الموقع: 10/ 08/ 2010.

بالواقع التشريعي. ويضاف إلى ذلك أن التأجير التمويلي يقوم على فكرة غاية في الدقة والإبداع ألا وهي التمويل عن طريق التأجير، وذلك وفق آلية قانونية فريدة تقوم على قواعد مختلفة لكثير من العقود المسماة، فجاءت هذه الدراسة بهدف توضيح النظام القانوني لعقد يكتنفه بعض التعقيد.

كما تتمثل أهمية البحث في محاولة تسليط الضوء على المركز القانوني لكل شخص يتدخل لوضع عقد التأجير التمويلي موضع التنفيذ، ذلك أن الأمور تدق فعلا بهذا الصدد، نظرا لتعدد الأطراف ذات الصلة بتلك العملية، وهم ثلاثة على الأقل: المؤجر والمستأجر والمورد. إلا أن المشرعين والفقهاء قاموا – بقصد أو بدون قصد – بتركيز أعمالهم على علاقة المؤجر بالمستأجر، مفرغين بذلك عملية التأجير التمويلي من طابعها الثلاثي. وفي ظل تحفظ التشريعات وشح المراجع، كان من المهم إجراء دراسة قانونية تبحث وضع المراكز الثلاث الناشئة بمناسبة إبرام وتنفيذ عقد التأجير التمويلي مجتمعة.

فرغم أن عقد التأجير التمويلي يربط بين المؤجر والمستأجر، إلا أن تكوين هذا العقد وتنفيذه يتميز بطابع ثلاثي، إذ يقرر القانون (أو العقد في غياب النص القانوني) شراء محل عقد التأجير التمويلي مما يرتب علاقة ثانية بين المؤجر والبائع، لتكتمل معالم هذا الطابع الثلاثي من خلال إقرار دعوى للمستأجر ضد البائع مع أنه ليس طرفا في عقد البيع(1). وتمثل دراسة هذه العلاقات القانونية الثلاث في ضوء القوانين الفرنسي والجزائري والأردني موضوع هذه الرسالة، فما هو التكييف القانوني لكل علاقة؟ وما هي الآثار الناجمة في ظل كل منها؟

وسوف تتبع في دراسة هذا الموضوع مناهج الوصف والتحليل والمقارنة، فأما المنهج الوصفي فسيستعمل في بيان تكييف كل علاقة من العلاقات الثلاث، وذكر الآثار القانونية الناجمة في ظل كل واحدة منها. وأما المنهج التحليلي

---

(1) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، عقد التأجير التمويلي الدولي (دراسة تحليلية مقارنة في القانون الدولي الخاص)، الإسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2010، ص554.

فيستخدم في بحث كل التزام من التزامات الأطراف الثلاثة في ظل الخصوصيات والخروج عن القواعد العامة الذي يميز العلاقات القانونية الثلاث محل الدراسة، كما سيستعمل التحليل عند استعراض ومناقشة مختلف الآراء والأحكام القضائية بغرض التوصل إلى الأساس القانوني لتصرفات كل طرف من الأطراف الثلاثة. أما المنهج المقارن فيتخذ صورتين: الأولى مقارنة المواقف القانونية والقضائية والتطبيقية من العلاقات محل الدراسة في كل من فرنسا والجزائر والأردن، والثانية مقارنة أحكام عقد التأجير التمويلي مع أحكام القواعد العامة لعقد الإيجار.

أما منهجية البحث فتقوم على تقسيم ثنائي من فصلين: يتناول أولهما دراسة العلاقة القانونية بين طرفي عقد التأجير التمويلي، ويتطرق ثانيهما إلى علاقة المورد بكل من المؤجر والمستأجر، وذلك كما يلي:

الفصل الأول: علاقة المؤجر بالمستأجر.

المبحث الأول: التزامات المؤجر.

المبحث الثاني: التزامات المستأجر.

الفصل الثاني: علاقة طرفي عقد التأجير التمويلي بالمورد (أو المقاول).

المبحث الأول: علاقة المؤجر بالمورد (أو المقاول).

المبحث الثاني: علاقة المستأجر بالمورد (أو المقاول).

الفصل الأول

علاقة المؤجر بالمستأجر

المبحث الأول
التزامات المؤجر

المطلب الأول: الالتزام بالتسليم

المطلب الثاني: الالتزام بالضمان

المطلب الثالث: الالتزام بنقل الملكية أو تجديد العقد بناء على رغبة المستأجر

المطلب الرابع: الالتزام بشهر العقد

المبحث الثاني
التزامات المستأجر

المطلب الأول: الالتزام بتسلم العين المؤجرة

المطلب الثاني: الالتزام بدفع الأجرة ومقابل التملك

المطلب الثالث: الالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة

المطلب الرابع: تحمل المستأجر المسؤولية المدنية المترتبة عن المال المؤجر

المطلب الخامس: الالتزام بالامتناع عن القيام ببعض التصرفات المتعلقة بالعين المؤجرة

المطلب السادس: الالتزام برد الأموال المؤجرة

المطلب السابع: التزامات المستأجر في حالة استعماله العين المؤجرة ضمن محله التجاري (الالتزام بالإعلان)

المطلب الثامن: التزامات المستأجر في حالة رهن المؤجر العين المؤجرة أو الأجرة

الفصل الأوّل

علاقة المؤجر بالمستأجر

ينقسم التأجير التمويلي إلى عقدين متميزين: عقد التوريد الذي يبرم بين المورد والمؤجر وعقد التأجير التمويلي الذي يبرم بين المؤجر والمستأجر، ولذلك يميز الفقه الفرنسي بين (عملية) التأجير التمويلي – أو التأجير التمويلي بمعناه الواسع – و(عقد) التأجير التمويلي – أو التأجير التمويلي بمعناه الضيق –[1]. ويبدو أن المشرع الأردني أخذ بصفة ضمنية بهذه التفرقة إذ قام بتعريف كل من عقد التوريد والمورد ضمن قانون التأجير التمويلي، فضلا عن تنظيمه العلاقة بين المورد والمستأجر[2] في ذات القانون. كما أجاز القضاء الفرنسي في قرارات كثيرة رجوع المستأجر على المورد مباشرة[3]، إلا أن القانون والقضاء في الجزائر أغفلا تنظيم علاقة المستأجر بالمورد[4].

---

(1) دويدار، هاني، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، بحث منشور في: الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص34. وفي نفس المعنى انظر:
خالد، هشام، التأجير التمويلي في تعاملات البنوك الإسلامية، بحث منشور في: الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، المرجع السابق، ص256. وانظر كذلك:
الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص2.

(2) انظر الفقرتين (10و11) من المادة (2)، والفقرة (3) من المادة (10) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

(3) مثل القرار رقم 956 الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11/ 7/ 2006 والذي سيأتي بيانه في الصفحتين 254 و255 من هذا المؤلف.

(4) وهو إغفال غير مبرر من وجهة نظر الباحث، لأن ذلك لا يواكب التطبيق الذي تواتر على إعطاء المستأجر حق الرجوع على المورد.

ورغم ذلك، لا شك أن العلاقة القانونية الرئيسية في عملية التأجير التمويلي هي تلك التي تربط بين المؤجر والمستأجر، فيما يتعلق من جهة باستعمال المستأجر للأصل الذي يحتفظ المؤجر بملكيته، ومن جهة أخرى بالوفاء الذي يقوم به المستأجر لمصلحة المؤجر[1].

كما يعتبر عقد التأجير التمويلي من العقود الملزمة لجانبين، إذ يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها مقابل انتفاعه بهذا الأصل. ولكن، نظرا للطبيعة الخاصة للتأجير التمويلي[2] نجد أنّ آثار هذا العقد لها خصوصية عما تقرره القواعد العامة في القانون المدني، ولذلك يلتزم كل من المؤجر والمستأجر بجملة من الالتزامات الأخرى سيأتي بيانها في هذا الفصل.

وتجدر الإشارة إلى أن التزامات أطراف عقد التأجير التمويلي تجد مصدرها في كل من العقد (إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين)، والقانون حيث تقرر نصوص التشريعات (قوانين التأجير التمويلي والقواعد العامة في القانون المدني) العديد من الالتزامات على عاتق الأطراف المتعاقدة[3].

---

(1) فخري، رياض، الآليات القانونية المميزة لعقد التأجير التمويلي، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، (د.ت)، ص127.
وفي نفس المعنى، انظر:
الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص2.

(2) قرمان، عبد الرحمن السيد، عقد التأجير التمويلي، القاهرة، مصر، دار النهضة، 1997، ص95 وما بعدها. وكذلك:
دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص294 وما بعدها.

(3) Bonneau, Thierry droit bancaire, 7 éme édition, libraire générale du droit et jurisprudence "EJA", Paris, France, 2007, page 398.

وغني عن البيان في هذا المقام الإشارة إلى أن كل التزام على أحد طرفي عقد التأجير التمويلي يمثل حقا للطرف الآخر في نفس الوقت[1]. وتفاديا للوقوع في تكرار غير مبرر وتوخيا للتقسيم السليم لهذا الفصل، لن يقوم الباحث باستعراض الحقوق والالتزامات معا، بل سيسلط الضوء على التزامات الطرفين محاولا في كل مرة إبراز جزاء الإخلال بإحدى الالتزامات. وعليه، ستتم دراسة آثار عقد التأجير التمويلي على طرفيه – على ضوء القانون المقارن – في المبحثين التاليين:

المبحث الأوّل
التزامات المؤجر

بادئ ذي بدء، يمنع المشرع في القانون المقارن ممارسة نشاط التأجير التمويلي من طرف الأشخاص الطبيعيين، ففي فرنسا سمي القانون المنظم لهذا العقد – أصلاً – (القانون المتعلق بالمؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي)[2]، وقد اعتبرت المادة الأولى من هذا القانون مؤسسات التأجير التمويلي[3] المؤهل القانوني الوحيد لممارسة هذا النشاط. أما في الجزائر، فنصت المادة الأولى من قانون الاعتماد الإيجاري[4] على ما يلي: «يعتبر الاعتماد الإيجاري عملية تجارية ومالية يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا بهذه الصفة»، كما جاء في نص المادة

---

(1) محاسنة، نسرين سلامة، التأجير التمويلي في القانون الأردني مقارنا بالإجارة المنتهية بالتمليك وفق الفقه الإسلامي، بحث منشور في: مجلة الحقوق لجامعة الكويت، العدد 4، 2008، ص147.

(2) القانون الفرنسي رقم (66–455) المؤرخ في 2/ 7/ 1966 المتعلق بالمؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي، الجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ 3/ 7/ 1966، وتعديلاته إلى غاية الأمر 2000/ 1223 المؤرخ في 14/ 12/ 2000، الجريدة الرسمية الفرنسية رقم (4) بتاريخ 16/ 12/ 2000.

(3) وفي القانون الفرنسي، لا يمكن ممارسة التأجير التمويلي العقاري إلا من قبل الشركات العقارية للتجارة والصناعة (والتي تعرف اختصارا بـ: SICOMI). وذلك بموجب اللائحة التنفيذية رقم 67 /837 بتاريخ 26/ 09/ 1967، لمزيد من التفصيل، انظر:
Galais, Jean Auloy, op.cit, page 5, paragraphe 70.

(4) الأمر الجزائري رقم 96–09 المؤرخ في 10/ 1/ 1996 يتعلق بالاعتماد الإيجاري، الجريدة الرسمية 3 بتاريخ 14/ 1/ 1996.

03 من النظام الجزائري[1] رقم 96/ 06 المؤرخ في 3/ 7/ 1996 المحدد لكيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها أن شركات الاعتماد الإيجاري لا يمكن تأسيسها إلا على شكل شركة مساهمة. وفي الأردن، عرفت المادة (02) من قانون التأجير التمويلي[2] المؤجر كالآتي: «الشخص المعنوي المسجل وفق أحكام التشريعات النافذة ذات العلاقة التي تكون إحدى غاياته ممارسة نشاط التأجير باستثناء شركة التضامن وشركات التوصية البسيطة».

ويرى أحد الفقهاء أن سبب حصر ممارسة نشاط التأجير التمويلي على الأشخاص المعنوية هو سعة وضخامة أعمال التأجير التي لا يقوى عليها الشخص الطبيعي، ذلك أن عمليات التأجير التمويلي تتطلب أموالا كبيرة وجهودا عظيمة وخبرات عالية، يعجز الفرد عن توفيرها لوحده، كما أن اضطلاع الأشخاص المعنوية – حصرا – بالقيام بأنشطة التأجير التمويلي من شأنه أن يؤدي إلى استقرار أكثر للمشاريع الاقتصادية[3]. ورغم ذلك، لا يعني هذا الطرح أن سبب حصر أعمال التأجير التمويلي على الأشخاص المعنوية هو فقط ملاءتها المالية، إذ يمكن أن يملك فرد واحد الأموال الكافية لممارسة التأجير التمويلي.

فإذا أبرم عقد تأجير تمويلي[4]، التزم المؤجر اتجاه المستأجر بجملة من الالتزامات، ولا تخرج هذه الأخيرة عن تلك التي يرتبها عقد الإيجار على عاتق المؤجر

---

(1) الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 66 المؤرخة في 3/ 1/ 1996.

(2) قانون التأجير التمويلي الأردني رقم 45 لسنة 2008، الجريدة الرسمية 4924 بتاريخ 17/ 8/ 2008.

(3) القلاب، بسام هلال مسلم، التأجير التمويلي(دراسة مقارنة)، عمان، الأردن، دار الراية، 2009، ص98.

(4) تحديد مدة عقد التأجير التمويلي تستند على بنود العقد ذاته، وللأطراف الحرية الكاملة في ذلك سواء ورد العقد على منقول أو عقار. أما من الناحية العملية، يلاحظ أن المتطلبات الاقتصادية تؤدي إلى تحديد مدة عقد التأجير التمويلي اعتمادا على مدة إهلاك الأصل (في حدود خمس سنوات بالنسبة للتأجير التمويلي للمنقولات، وما بين خمسة عشر وعشرين سنة فيما يخص التأجير التمويلي العقاري). في هذا المعنى انظر:

Calais, Jean Auloy, op.cit, page 7, paragraphe 102.

العادي[1] إلا ما لا يتفق مع طبيعة عقد التأجير التمويلي، إضافة إلى الالتزامات التي حددها قانون التأجير التمويلي، والالتزامات التي تفرضها بنود عقد الليزنغ إعمالا للطابع المكمل لأغلبية القواعد القانونية المنظمة لهذا النوع من العقود.

وستتم دراسة موجبات المؤجر – تباعاً – في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الالتزام بالتسليم

باعتبار عقد التأجير التمويلي عقد إيجار تكون شركة التأجير التمويلي ملتزمة – أساساً – بتسليم المنقول أو العقار إلى المستأجر[2]. ويعتبر هذا الالتزام أساسيا يترتب على تنفيذه بدء سريان عقد التأجير التمويلي[3].

فيلتزم المؤجر – طبقا للقواعد العامة – بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر في حالة تصلح معها لاستيفاء المنفعة المقصودة كاملة[4]. إذ لا يستطيع المستفيد من العقد الانتفاع بالأصل المؤجر سواء كان عقارا أو منقولا، إلا إذا تسلمها في حالة صالحة لأداء الغرض الذي أجّر من أجله، حتى يتمكن من الانتفاع به بما يتفق مع طبيعة نشاطه. ويكفي المؤجر أن يضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر ويعلمه بذلك لكي يعتبر مؤديا لالتزامه بالتسليم، حتى ولو لم يقم المستأجر بالحيازة الفعلية للمال المؤجر[5].

---

(1) كما نصت عليه المادة (38) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري بقولها: «يعتبر المؤجر ملزما بالقيام بالالتزامات...المنصوص عليها في القانون المدني... وما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك...».

(2) Bey: de la symbiotique dans le leasing et credit bail mobilier, op. cit., page159.

(3) المجالي، محمد عبد الحميد، التزامات شركة التأجير التمويلي والمستفيد في عقد التأجير التمويلي العقاري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة مؤتة، الأردن، 2005، ص44. في نفس المعنى، انظر:

Calais, Jean Auloy, op.cit, page6 , paragraphe 79.

(4) أنظر المواد (1719و1720 و1721) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (476/ 01) من القانون المدني الجزائري، والمادة (677) من القانون المدني الأردني.

(5) Vos questions sur le droit, 2 eme édition, Berti editions, Alger, Algérie, 2009, page 328.

وقد أوجب المشرع هذا الالتزام لتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور، ويتم التسليم بتمكين المستأجر من قبض المأجور، دون مانع يعوق الانتفاع به مع بقائه في يده بقاء متصلا حتى تنقضي مدة الإيجار[1].

والتسليم قد يكون فعلياً أو حكمياً: فيكون فعليا إذا كانت الأموال المؤجرة تحت يد المؤجر، فيُمكّن المستأجر من الانتفاع بها. وذلك، عن طريق إزالة العوائق والموانع التي من شأنها أن تحول دون انتفاعه بها[2]. ويكون التسليم حكميا، إذا كانت الأموال تحت يد المستأجر لأي سبب من الأسباب غير التأجير التمويلي، وفي هذا الحالة يتم التسليم باتفاق الطرفين على أن التسليم قد تم، حيث يصبح المستأجر حائزاً لهذه الأموال بهذه الصفة (مستأجر تمويلي بعد أن كان مودعا لديه أو مستأجرا عاديا مثلاً)، وهذا ما نجده في التأجير التمويلي اللاحق[3].

ويتميز عقد الاعتماد الإيجاري عن عقد الإيجار العادي، بقواعد خاصة فيما يخص الالتزام بالتسليم. إذ أنّ الأموال المؤجرة لا تكون -غالبا- مملوكة ابتداء للمؤجر بل يشتريها بغية تأجيرها. وفي سبيل إتمام عملية التمويل فإنّه يفوّض المستأجر للتفاوض على ثمن الأموال مع المورد أو المقاول[4]. وزيادة على ذلك، غالباً ما يقوم المستأجر – على خلاف المستأجر العادي – باستلام العين المؤجرة من المورد.

---

(1) الخصاونة، أحمد صخر، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة في القانون الأردني مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي) عمان، الأردن، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005، ص166. وكذلك نص المادة 677/ 2 من القانون المدني الأردني.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء 06، بيروت، لبنان، داز إحياء التراث العربي، (د.ت)، ص228.

(3) البدالي، نجوى إبراهيم، عقد الإيجار التمويلي، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص30. وكذلك:
قرمان، عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص98.

(4) حوالف، عبد الصمد، الإطار القانوني لعقد الاعتماد الإيجاري (الليزنغ)، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009، ص89.

وعلى أي حال، فإنّ تسليم الأموال محل العقد يتخذ واحدة من هاتين الصورتين[1]:

أولاً: التسليم المباشر

ويتم التسليم فيه مباشرة من المؤجر إلى المستأجر، بعدما يتسلم المؤجر الأموال محل العقد من المورد أو المقاول، وقد يحدث التسليم المباشر حكما كما هو الحال في الاعتماد الإيجاري اللاحق، إلا أن شكل التسليم هذا نادر الحدوث في الحياة العملية.

ثانياً: التسليم غير المباشر

وهي الصورة الشائعة للتسليم في عقود التأجير التمويلي، ويتحقق التسليم غير المباشر بتسلم المستأجر الأموال المؤجرة من المورد (أو المقاول)، وهذا – طبعاً – بعد اتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك.

ففي هذه الحالة، يقوم المستأجر باستلام المال المؤجر نيابة عن المؤجر الذي يلتزم أصلا بالتسليم إلى المستأجر[2]. وبذلك تطبق على تنفيذ المستأجر للاستلام القواعد العامة للوكالة، حيث يجب عليه أن يقوم بفحص ومعاينة المال المؤجر للتأكد من أنه مطابق للمواصفات المتفق عليها بموجب عقد التأجير التمويلي التي سبق أن حددها المستأجر ذاته، على أن الالتزام الذي لا يثور في هذه الحالة هو التزام الوكيل بتسليم ما قبضه بسبب الوكالة، حيث يعتبر الموكل قد تسلمه حكما (طبقا لنصوص المواد 846 و856 من القانون المدني الأردني)[3].

وقد نصت المادة (29) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على التزام المؤجر بالتسليم إذ جاء فيها: «يتمتع المستأجر بحق الانتفاع بالأصل المؤجر بمقتضى عقد اعتماد إيجاري ابتداء من تاريخ تسليم الأصل المؤجر من قبل المؤجر والمحدد في العقد». كما جاء في الفقرة (02) من المادة (38) من ذات القانون ما يلي: «يعتبر

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص167.

(2) Bey, E.M de la symbiotique dans le leasing et crédit bail mobilier, op.cit, p 185.

(3) محاسنة،.نسرين سلامة، المرجع السابق، ص148.

المؤجر ملزماً... ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك... بالالتزامات التالية: الالتزام بتسليم الأصل المؤجر طبقا للخصوصيات التقنية المعينة من قبل المستأجر في الحالة وفي التاريخ المتفق عليهما في عقد الاعتماد الإيجاري...».

كما نص المشرع الأردني على هذا الالتزام مستعملا مصطلح "تمكين" بدل "تسليم" مقدرا خصوصية تسليم العين المؤجرة في عقد التأجير التمويلي (التسليم يكون غير مباشر في أغلب الأحيان). وفي هذا الصدد، نصت الفقرة (ب) من المادة (12) من قانون التأجير التمويلي الأردني على ما يلي: «...ب. يلتزم المؤجر بما يلي: 1. تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور وفقا لشروط وأحكام عقد التأجير...».

وعلى مستوى القضاء، قضت محكمة Amiens الفرنسية بتاريخ 25/ 2/ 1960 بأن: «...الالتزام بتسليم الشيء في أحسن حالة من الإصلاح والصيانة ليس من النظام العام ويمكن خرقه باتفاق خاص...»، كما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 21/ 6/ 1958 أن «... مقتضيات المادة 1721 من القانون المدني ليست من النظام العام، ويمكن استبعاده ببنود عقد الإيجار...» [1].

وفيما يخص التطبيق، يلاحظ أن العادة قد جرت في عقود التأجير التمويلي على صياغة الالتزام بالتسليم على شكل توكيل صريح للمستأجر للقيام باستلام العين المؤجرة مباشرة من المورد، ومثال ذلك المادة الرابعة من الشروط العامة لعقد الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة كما يمارسه بنك البركة الجزائري[2]، والتي جاء فيها: «يوكل البنك العميل الذي قبل بذلك في تسلم الأصول نيابة عنه طبقا للشروط المنصوص عليها في عقد الشراء المبرم بين البنك والبائع، وذلك على نفقة العميل وحده دون أن يتحمل البنك أي مسؤولية عن تأخر التسليم...»، كما تنص الفقرة الثالثة من المادة (02) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس

---

(1) قراران قضائيان ذكرهما: فخري، رياض، المرجع السابق، ص58.

(2) بنك البركة الجزائري شركة مساهمة رأسمالها 25000000000 دينار جزائري، خاضعة لقانون النقد والقرض الجزائري، ومسجلة في السجل التجاري لولاية الجزائر تحت رقم 00/ B/ 0014294، ومقرها الرئيسي بن عكنون، الجزائر العاصمة، الجزائر.

الجزائر(Natixis Algérie)[1] على ما يلي: «...يقوم المستأجر التمويلي بصفته وكيلا عن المؤجر التمويلي باستلام العين المؤجرة وإخطار المؤجر التمويلي بسير عملية التسليم...». وفي الأردن، يجيز البند (15) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي[2] الاتفاق على توكيل المؤجر للمستأجر في استلام العين المؤجرة من المورد كما يلي: «إذا كان المستأجر سيقوم باستلام المأجور من مورد أو مقاول وفقا للشروط المتفق عليها في العقد، فإنه يتوجب عليه تنظيم محضر يبين أنه استلم المأجور مطابقا للشروط والمواصفات...».

ماذا لو سلم المورد مالا معيبا إلى المستأجر أو تأخر في تسليم العين محل التأجير التمويلي في مثل هذه الأحوال؟

يثور الإشكال هنا حول من له صفة التقاضي لمساءلة المورد، المستأجر أم المؤجر؟

إن التطبيق الحرفي للقواعد العامة يؤدي إلى نشوء نوعين من الدعاوى في هذا المقام: الأولى يرفعها المستأجر ضد المؤجر تأسيسا على التزامه بالضمان في عقد التأجير التمويلي، والثانية يرفعها المؤجر في مواجهة المورد استنادا على التزامه بالضمان في عقد البيع (طبقا لنص المادة 1641 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي[3]، وتقابلها المواد 397 وما بعدها من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 512 وما بعدها من القانون المدني الأردني).

وقد تبنت محكمة باريس الابتدائية هذا التوجه في قرار لها صادر بتاريخ 13/ 12/ 1971 جاء فيه: «...كقاعدة عامة في التأجير التمويلي وفي الحالة التي يريد

(1) وهي شركة مساهمة جزائرية رأسمالها 3483192636.00 دينار جزائري ومديرها العام السيد أ.بن عصمان، مقرها الاجتماعي شارع محمد درارني، حيدرة، الجزائر العاصمة، الجزائر، ويدخل ضمن نشاطها الاعتماد الإيجاري.

(2) وهي شركة مساهمة عامة أردنية مسجلة لغايات القيام بأعمال التأجير التمويلي، وعنوانها: شارع عبد الله غوشة، بناية رقم 66، عمان، الأردن.

(3) Galais, Jean Auloy, op,.cit. page 9, paragraphe 124.

فيها المستأجر الرجوع بسبب مخالفات المعدة، فإنه يجب عليه عادة أن يرجع ضد المؤجر التمويلي كمؤجر ضامن بمقتضى القواعد العامة للإيجار، ويمكن لهذا المؤجر الرجوع بعد ذلك كمشتر ومالك ضد البائع...»[1].

إلا أنه يصعب تطبيق الحل القانوني السابق من الناحية العملية لأنه لا يخدم وتيرة الحياة التجارية المتسمة بالسرعة، وخير دليل على ذلك ما جرت عليه العادة من إدراج شرطين في عقد التأجير التمويلي: **الأول** هو عدم مسؤولية المؤجر عن أي تسليم معيب باعتبار المستأجر هو من يحدد مواصفات العين المؤجرة وهو من يتسلمها من المورد، وبالتالي يقع عليه التزام فحص العين المؤجرة وتحمل تبعة تقصيره في ذلك. **والثاني** هو تنازل المؤجر عن حقه في مساءلة المورد عن إخلاله بالتزام التسليم لصالح المستأجر[2]. ويفترض أن المورد علم بهذا التنازل وقبل به باعتباره تسلم سند الطلب من المستأجر وتلقى تعبيرا شفهيا منه للمطالبة بالعين المؤجرة[3]. فرغم أن العقد يتم بين المؤجر والمستأجر، إلا أن الفقه يقبل أن يرجع المستأجر على المورد مباشرة بدعاوى الضمان في حالات ظهور عيوب في العين المؤجرة[4]. ويؤيد الباحث هذا الرأي لتماشيه مع طبيعة عقد التأجير التمويلي ومقتضيات تنفيذه.

ولذلك قامت التشريعات المنظمة لعقد التأجير التمويلي – بصفة ضمنية – في مرحلة لاحقة بإعطاء المستأجر حق الرجوع على المورد بدعوى شخصية ومباشرة[5]. وفي المقابل، نفي مسؤولية المؤجر عن سلامة العين المؤجرة من العيوب في مواجهة المستأجر.

وعليه، يكون المستأجر هو صاحب الصفة لمساءلة المورد عن أي خلل في التسليم ما لم ينازعه في ذلك المؤجر (كما سيتم توضيحه بالتفصيل في الفصل الثاني).

---

(1) قرار قضائي ذكره: فخري، رياض، المرجع السابق، ص319.

(2) Harichaux Ra,mu, le transfert des garanties dans le crédit bail , 1979, page 209.

(3) Galais, Jean Auloy, op cit, page 9, paragraphe 126.

(4) Jauffret, Alfred droit commercial, 20éme édition, libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, France, 1991, page 369.

(5) وهو ما سيتم التعرض له بالتفصيل عند دراسة علاقة المستأجر بالمورد في الفصل الثاني.

إلا أن هذه النتيجة قد تجرنا إلى تساؤل آخر في هذا الصدد: هل يمكن للمستأجر مساءلة شركة التأجير التمويلي عن التسليم المعيب؟

من المفروض أن تكون الإجابة على السؤال أعلاه بالنفي، ذلك أن المشرع الأردني – على خلاف نظيريه الفرنسي والجزائري – يمنع مثل هذه المساءلة، فطبقا لنص المادة (13) من قانون التأجير التمويلي الأردني فإن المؤجر لا يعتبر مسؤولا عن إخلال المورد في التزاماته المترتبة عليه بمقتضى عقد التوريد (كالتسليم في الوقت والمكان المتفق عليهما مثلا)، إلا في ثلاث حالات هي:

أ. إذا كان عدم تنفيذ المورد لالتزاماته ناشئا عن سبب يعود إلى المؤجر.

ب. إذا كان المؤجر هو الذي اختار المورد.

ج. إذا نص عقد التأجير التمويلي على خلاف ذلك.

وبذلك يكون المشرع الأردني قد أحسن صنعا، لأن المستأجر – في الغالب الأعم – من الحالات هو الذي يحدد المورد ويفاوضه، ويختار المأجور ويستلمه. فلا يعقل بعد ذلك أن يرجع على المؤجر التمويلي في حالة ظهور عيب في العين المؤجرة، خصوصا إذا علمنا أن قانون التأجير التمويلي الأردني أعطى للمستأجر – صراحة – حق الرجوع على المورد مباشرة فيما يخص جودة المأجور وكميته وأحكام تسليمه (طبقا لنص المادة 10).

وفي نفس اتجاه المشرع الأردني، ذهبت محكمة النقض الفرنسية (غرفة مدنية) في قرار لها صادر بتاريخ 24/ 02/ 1998 إلى أن المؤجر التمويلي إذا دفع الثمن إلى المورد ووكل المستأجر لاستلام العين المؤجرة فلا يسأل لا عن تأخر المورد في التسليم ولا عن تسليمه مالا معيبا[1].

إضافة إلى ذلك، يتبين من الاطلاع على نماذج عقود التأجير التمويلي أنها تتضمن دائما شرط إعفاء المؤجر من المسؤولية عن العيوب الخفية إذا تسلم المستأجر

---

(1) قرار قضائي ذكره:

Bonneau, Thierry op cit, page 399

العين مباشرة من المورد، ويتم إدراج هذا الشرط مباشرة بعد بنود العقد المحددة لالتزامات المستأجر، ويترتب على ذلك أن شركة التأجير التمويلي لا تكون مسؤولة عن أي خلل ظهر في الأصل المؤجر بعدما تسلمه المستأجر وشرع في استعماله[1].

وفي هذا الصدد، ورد في الفقرة الرابعة من المادة (04) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة لبنك البركة الجزائري ما يلي: «يصرح العميل أنه هو الذي قام باختيار الأصول، ويصرح بعدم إقحام مسؤولية البنك بأية حالة من الأحوال بخصوص مطابقة الأصول للمواصفات أو صلاحيتها للاستعمال، وبصفة عامة كل نزاع قد ينشأ بخصوص الأصول مع البائع... »، كما تنصلت شركة (ناتيكسيس الجزائر Natixis Algérie) من كل مسؤولية عن ظهور عيب في العين المؤجرة بموجب نص الفقرة الأولى من المادة (02) من شروطها العامة للاعتماد الإيجاري كالآتي: «يحدد المستأجر – تحت مسؤوليته المطلقة – بالاتفاق مع المورد مواصفات العين المؤجرة وتعليمات استعمالها واستلامها... ». وسارت شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية على ذات النهج إذ جاء في البند 15 من شروطها العامة لعقد التأجير التمويلي ما يلي: «... وفي حال لم يلتزم المورد أو المقاول بأجل التسليم المنصوص عليه عند الطلب أو في حال عدم مطابقة المأجور للمواصفات المطلوبة فلا يمكن للمستأجر ادعاء الحصول على أية تعويضات بسبب إلغاء المؤجر لطلب الشراء وما يتبع ذلك من فسخ للعقد، ويلتزم المستأجر في هذه الحالة بتسديد مبلغ العربون أو الدفعة المقدمة المدفوعة إلى المورد أو المقاول إذا تبين أن المورد أو المقاول غير قادر على السداد خلال خمسة عشر يوما من تاريخ إلغاء الطلب بما في ذلك النفقات والعمولات المرتبطة بطلب الشراء والفائدة والعمولات المستحقة على المبالغ المدفوعة من المؤجر...».

ومع ذلك، توجد حالة خاصة تنطبق عليها القواعد العامة لالتزام المؤجر بالضمان، وتثور هذه الحالة في الأوضاع التي تؤجر فيها شركة التأجير التمويلي مالا

(1) De Couliboeuf, La garantie des vices cachés du matériel dans les opérations de crédit-bail mobilier, page 65.

كان مملوكا لها من قبل، ففي مثل هذه الحالات، لم يقم المستأجر بتحديد مواصفات المال المؤجر مع المورد ولم يتسلم منه هذا المال، ومن ثم يكون التزام المؤجر بضمان العيوب الخفية أمرا منطقيا باعتبار المال موجودا تحت يده يعلم ما به من عيوب أو يفترض أن يعلم بها، وهذه صورة يجيزها القانون الجزائري على خلاف نظيريه الفرنسي والأردني اللذين يشترطان أن يتم شراء العين بناء على طلب المستأجر وطبقا للمواصفات التي حددها قبل تأجيرها تمويليا له[1].

بقي علينا أن نشير في موضوع مدى جواز رجوع المستأجر على المؤجر في حالة ظهور عيب في العين المؤجرة أن هذه المسألة فصل فيها القانون الأردني بعدم الجواز، وكذلك فعلت محكمة النقض الفرنسية مغطية بذلك على إهمال المشرع الفرنسي لهذا الموضوع أما في الجزائر، فلا التشريع ولا القضاء تعامل مع هذه القضية، ولذلك يظل المنفذ الوحيد لشركات الاعتماد الإيجاري الجزائرية للتخلص من ضمان عيوب العين المؤجرة هو اشتراطها صراحة في العقد إعفاءها من مثل هذه المساءلة.

ويتم إثبات الاستلام، بموجب محضر يوضح فيه مدى مطابقة المال المؤجر للعقد، فإذا تبيّن للمستأجر أنّ هناك عدم مطابقة أو عيوب معينة، وجب عليه أن يثبتها في المحضر[2]، وبعد ذلك يوقع المستأجر والمورد (أو المقاول) على هذا المحضر.

---

(1) فيلالي، بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الإيجاري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة دولة في القانون الاقتصادي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2002. ص126.

(2) وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لأصول منقولة لبنك البركة الجزائري، حيث جاء فيها: «... يلتزم العميل بإرسال نسخة من محضر تسلم الأصول المنقولة الممضي من البائع الأول إلى البنك...»، وتضيف المادة الخامسة من ذات الشروط العامة: «في حالة ما إذا ظهر في تفتيش العميل لبعض أو كل الأصول المنقولة عدم مطابقة هذه الأخيرة للخصائص المتفق عليها مع البائع الأول، يجب عليه أن يخبر بذلك البنك وذلك بإرسال نسخة من الإشعار المكتوب المُوّجه إلى البائع الأول بحالات عدم المطابقة المكتشفة».

ومن الناحية العملية لا يدفع المؤجر ثمن المعدات – كما سيأتي بيانه لاحقاً[1] – إلا بعد اطلاعه على محضر الاستلام.

يخرج الباحث من مناقشته لموضوع التسليم بنتيجة مفادها أن التزام المؤجر في عقود التأجير التمويلي بتسليم العين المؤجرة يكاد يكون مجرد التزام نظري، أما التطبيق، فقد استقر على توكيل المستأجر في استلام الأصل المؤجر من المورد. ويرتب العقد للمستأجر مقابل تلك الوكالة حقا والتزاماً: فأما الحق فيتمثل في رجوعه على المورد مباشرة بدعوى ضمان العيب الخفي، وأما الالتزام فيتجلى في امتناعه عن مساءلة المؤجر عن أي عيب في العين المؤجرة. ورغم هذا الخروج الواضح عن القواعد العامة في القانون، إلا أن الباحث ينظر بعين الرضا إلى تقزيم دور المؤجر التمويلي في عملية التسليم، وذلك تيسيرا لتنفيذ عقود التأجير التمويلي (استلام المستأجر المال من المورد يختصر النفقات والأوقات) من جهة، وتحقيقا لفعاليتها (تقليل النزاعات حول مدى مطابقة المال المؤجر للعقد باعتبار المستأجر أدرى بما يحتاج إليه وأكثر خبرة فيما يخص هذا المال) من جهة أخرى.

المطلب الثاني: الالتزام بالضمان

يلتزم المؤجر طبقا للقواعد العامة بضمان التعرض (طبقا للمادة 483 من القانون المدني الجزائري التي تقابل المادة 684 من القانون المدني الأردني) وضمان العيوب الخفية (طبقا للمادة 488 من القانون المدني الجزائري التي تقابل المادة 686 من القانون المدني الأردني)، كما يقع على المؤجر وفقا للقواعد العامة تحمل تبعة الهلاك، إلا إذا كان هذا الهلاك راجعا إلى خطأ المستأجر أو استعماله العين المؤجرة استعمالا غير عادي (إعمالا لنص المادة 481 من القانون المدني الجزائري التي تقابل نصي المادتين 680 و692 من القانون المدني الأردني)، فهل تطبق هذه القواعد في مجال عقد التأجير التمويلي؟

(1) انظر ص 168و169 من هذه الرسالة.

أولاً: الالتزام بضمان التعرض

يضمن المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي التمتع العادي والانتفاع الهادئ بالمال المأجور من خلال ضمان تعرضه الشخصي(سواء كان ماديا أم قانونيا) وتعرض الغير (إذا كان قانونيا)[1]. ولذلك يظل المؤجر التمويلي ملزما بعدم التعرض تماما مثل ما هو الحال عليه في عقد الإيجار، حيث يلتزم المؤجر العادي بتمكين المستأجر من الانتفاع بالأموال المؤجرة طيلة فترة الإيجار. فيضمن المؤجر للمستأجر عدم التعرض لتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة انتفاعا هادئا وكاملا[2].

وتقوم فكرة ضمان التعرض على أساس أن المستأجر يدفع أجرة للمؤجر كمقابل لانتفاعه بالمأجور، ومن الطبيعي أن يضمن المؤجر للمستأجر الانتفاع الهادئ بالمأجور[3].

وضمان التعرض يشمل التعرض الصادر من المؤجر شخصيا (سواء أكان ماديا أو مبنيا على سند قانوني)، والتعرض الصادر من الغير إذا كان مبنيا على سند قانوني[4] «وقد نظّم المشرع الفرنسي أحكام التعرض في عقد الإيجار في المادة (1719) وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، وتقابلها المواد (438-487) من القانون المدني الجزائري، والمادتان (684 و685) من القانون المدني الأردني».

وقد نصّ المشرع الجزائري في الفقرة (05) من المادة (38) من قانون الاعتماد الإيجاري على ما يلي: «...الالتزام بعدم إلحاق أي سبب يحول دون انتفاع المستأجر بالأصل المؤجر، وبعدم إحداث، للأصل المؤجر أو ملحقاته، أي تغيير يقلل من هذا

---

(1) Vos questions sur le droit, op. cit, page 334.

(2) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات، آثار الالتزام)، الجزء الثاني، القاهرة، مصر، دار النشر للجامعات المصرية، (د.ت). ص297.

(3) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص297.

(4) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص177.

الانتفاع، وكذا الالتزام بضمان المستأجر ضد أي أضرار أو سبب قانوني من قبل الغير، باستثناء أي سبب بفعل الغير غير مدع لأي حق على الأصل المؤجر...».

كما يمكن استنتاج التزام المؤجر بضمان التعرض من خلال مضمون الفقرة (ب) من قانون التأجير التمويلي الأردني، ونصها كالآتي: «...ب. يلتزم المؤجر بما يلي:...1. تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور وفقا لشروط وأحكام عقد التأجير...». وقد أعطت المادة (20) من قانون التأجير التمويلي الأردني حق طلب المستأجر فسخ العقد من المحكمة المختصة في حالة عدم تمكين المؤجر له من الانتفاع بالمأجور وفقا لأحكام عقد التأجير التمويلي.

ومعنى أن يضمن المؤجر التمويلي تعرضه الشخصي المادي هو أن يمتنع هذا المؤجر عن القيام بأي عمل مادي محض من شأنه أن يعيق انتفاع المستأجر بالمال المأجور، ومثال ذلك إحداث المؤجر تغييرات في العين المؤجرة، أو الدخول إليها دون إذن من المستأجر، أو استعادتها بالقوة دون وجه حق...، على أن التفتيش الدوري للعين المؤجرة أو وضع لوحة إثبات الملكية على المأجور تصرفات لا تعد من قبيل التعرض[1]. ويسهل تبرير ذلك لأن المشرع[2] أجاز الاتفاق على اشتراط المؤجر تفتيش الأصل المؤجر دوريا أو وضع بيان باسمه عليه من جهة، كما أن مثل هذه التصرفات لا تحتوي على فكرة الغصب أو إزعاج المستأجر في انتفاعه بالمأجور من جهة أخرى.

أما ضمان المؤجر تعرضه الشخصي القانوني فهو عدم منازعته للمستأجر حول انتفاعه بالمال المؤجر، كأن يرفع ضده أية دعوى مطالبا بحق على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر في الانتفاع (مثلا يطلب المؤجر حيازة العين المؤجرة قبل نهاية عقد الإيجار لأنها ملك له).

وفيما يخص ضمان المؤجر التعرض القانوني الصادر من الغير فيعني التزام المؤجر بعدم ترتيب أي حقوق عينية أو شخصية للغير تتعارض مع حق المستأجر في

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص180.
وفي نفس المعنى، انظر: المجالي، محمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص60.
(2) الفقرة (أ/ 2) من المادة (12) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

الانتفاع بالمال المأجور طيلة فترة العقد، ويستوي في ذلك أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على وجود عقد التأجير التمويلي أو لاحقا عليه[1]. ومن أمثلة هذا التعرض قيام المؤجر ببيع العين المؤجرة أو هبتها مع إخفاءه حقيقة كونها مؤجرة تمويليا، مما يدفع بالمشتري أو الموهوب له بمنازعة المستأجر أمام القضاء استنادا إلى عقد البيع أو الهبة. كما تتحقق هذه الصورة أيضا في حالة عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بدفع ثمن الأصل الإنتاجي للمورد أو المقاول[2]، مما يؤدي إلى استرداد الأصل من يد المستأجر[3]. وعلى اعتبار أنّ البائع (أو المقاول) ليس طرفا في عقد الاعتماد الإيجاري فهو يعتبر من الغير. وفي حالة وجود هذا التعرض من البائع (أو المقاول)، يجب على المستأجر إخطار المؤجر بهذا التعرض طبقا للقواعد العامة[4] حتى يستطيع هذا الأخير رد هذا التعرض. فإذا فشل تقوم مسؤوليته اتجاه المستأجر الذي يجوز له طلب فسخ العقد (إعمالا لضمان الاستحقاق الذي يقع على المؤجر)[5].

وعموما، يمكن القول أن التزام المؤجر التمويلي بضمان التعرض يماثل التزام المؤجر العادي بذلك إلى حد التطابق.

ثانياً: الالتزام بضمان العيوب الخفية

يضمن المؤجر – وفقا للقواعد العامة –[6] للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها، أو تنقص منها نقصا فاحشا، ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها. وكذلك لا يضمن المؤجر العيوب إذا

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص179 و182.

(2) Cass civ, 1[er] ch, 11 avril 1995, R. des Huissiers et de justice, op, cit, n° 95-1384; cass com, 26 oct. 1993, R des Huissiers et de justice, n° 94-605.

(3) قرمان، عبد الرحمان سيد، المرجع السابق، ص103.

(4) انظر المادة (497) من القانون المدني الجزائري؛ تقابلها المادة (685) من القانون المدني الأردني.

(5) قرمان، عبد الرحمن سيد، المرجع السابق، ص104.

(6) أنظر المواد (1719/ 03 و1721 و1725) من القانون المدني الفرنسي، وتقابلها المادة (488) من القانون المدني الجزائري. والمادة (686) من القانون المدني الأردني.

كان المستأجر يعلم وقت التعاقد أو كان من اليسير عليه أن يعلم بها[1]. ويشترط في العيب أن يكون مؤثرا (يحول دون الانتفاع العادي بالعين المؤجرة) وخفيا (ليس بالإمكان اكتشافه إذا قام المستأجر بفحص العين المؤجرة وبذل في ذلك عناية الرجل العادي). وفي جميع الأحوال، يضمن المؤجر العيب الخفي إذا تعمّد إخفاءه بطريق الغش[2].

وقد نص المشرع الجزائري في المادة (38) من قانون الاعتماد الإيجاري على أنه في حالات غياب الاتفاق فإنه يقع على عاتق المؤجر: «الالتزام بضمان المستأجر ضد جميع عيوب الأصل المؤجر أو نقائصه والتي تحول دون الانتفاع به أو تنقص، بصفة ملموسة، من قيمة هذا الأصل، باستثناء العيوب والنقائص التي يسمح العرف بها أو التي أعلم بها المستأجر وكان هذا الأخير على علم بها وقت إبرام عقد الاعتماد الإيجاري».

وفي الحقيقة، لم يأت المشرع الجزائري بأي جديد في نص هذه المادة، وكل ما قام به هو تكرار حكم القواعد العامة المنظمة لالتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية.

إلا أن المشرع الأردني تفادى مثل هذا الانتقاد، حيث أعطى للمستأجر حق الرجوع المباشر على المورد بدعوى ضمان العيوب الخفية، وفي المقابل، منع ذات المشرع أي رجوع من المستأجر على المؤجر فيما يخص إخلال المورد في تسليم العين المؤجرة إلا في حالات ثلاثة سبق بيانها[3].

وفيما يخص التطبيق، تعفي شركات التأجير التمويلي نفسها من المسؤولية عن العيوب الخفية للعين المؤجرة، فنص المادة (09) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة لبنك البركة الجزائري جاء فيه: «يعفي العميل البنك صراحة

---

(1) دويدار، هاني محمد، المرجع السابق ص304. وكذلك:
الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص184.

(2) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات، آثار الالتزام)، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص433 وما بعدها.

(3) في الصفحة 31 من هذا المؤلف.

أثناء تنفيذ هذا العقد من كل مسؤولية ضمان، ويتعهد بعدم إقحامه بأي حال من الأحوال ويتخلى منذ الآن عن طلب أي تعويض كان بأي شكل من الأشكال بما فيه ما تعلق بالعيوب التي قد يتبين أنها تمس كل العقار أو جزء منه... »، كما اشترط بنك البركة الجزائري في المادة (09) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة بنص مماثل إعفاءه من المسؤولية عن العيوب الخفية. وفي نفس الاتجاه، تنص الفقرة الأولى من المادة (05) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري كما تمارسه شركة (ناتيكسيس الجزائر Natixis Algérie) على ما يلي: «...يضمن المورد صلاحية الأصل المؤجر للاستعمال طبقا للعقد في مواجهة المستأجر التمويلي، ولهذا الأخير الرجوع بكل دعاوى الضمان على المورد بخصوص ذلك...». وعليه، واضح أن شركة (ناتيكسيس الجزائر) تعفي نفسها من كل مسؤولية عن أي عيب قد يظهر في العين المؤجرة تماما مثلما أعفت شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية نفسها من مثل هذه المسؤولية في البند (15) من شروطها العامة المذكور سلفاً[1].

إذن، كثيرا ما يحتاط المؤجر التمويلي بلجوئه إلى إدراج شروط في العقد تعفيه من ضمان العيوب الخفية، ونقل هذا الضمان إلى المورد من خلال توكيل المستأجر في الرجوع عليه. وعلى هذا الأساس استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أن المؤجر يمكنه أن يشترط في العقد إعفاءه من ضمان العيوب الخفية طبقا لما تفرضه القواعد العامة، مقابل تنازله للمستأجر عن حق الرجوع مباشرة على بائع الأموال موضوع العقد[2]. ومن البديهي أن الرجوع المباشر للمستأجر على المورد (أو على المقاول) لا

---

(1) انظر ص32 من هذا المؤلف.

(2) Com 30oct 1973, Bull, civ, IV, n° 303, 07 mai 1974, ibid. IV, n° 147, Bouer, Rev, com. 1980, 333, ibid. 1981, 41: (Le crédit bailleur peut, par une situation expresse du contrat s'exonérer de la garantie des vices cachées de l'art. 1721; c, civ, des lors que le locataire a un recours direct contre le vendeur du bien avec lequel il a déterminé les caractéristiquement de celui, civ).

أشار إليه:

ناصيف، إلياس، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، بدون دار نشر، 1991. ص288.

يكون إلا في حالة إعفاء المؤجر من ضمان العيوب الخفية (و إلا كان رجوع المستأجر على المؤجر لا المورد)[1].

وعلى الرغم مما سبق بيانه، يبقى المؤجر التمويلي ضامنا للعيوب الخفية في حالات استثنائية، وذلك إذا كان هو من قام بعملية شراء الأصول من المورد أو المقاول، أو قام بتأجير أموال مملوكة له (يمكن تصور هذه الحالة في ظل القانون الجزائري)، أو أخفى عيبا خفيا عن غش أو تواطؤ منه[2].

ثالثاً: تبعة هلاك المال المؤجر

لما كانت شركة الاعتماد الإيجاري هي المالكة للعين المؤجرة، فإنّ تبعة هلاك هذه العين بسبب القوة القاهرة وبغير خطأ من المستأجر تقع على عاتق المؤجر طبقا للقواعد العامة في القانون المدني (هلاك الشيء على مالكه)[3]، فإذا كان الهلاك كليا انفسخ العقد بقوّة القانون[4]. أما في حالة الهلاك الجزئي للشيء المؤجر، إذا لم يترتب عليه عدم صلاحية الشيء المؤجر لأداء الغرض الذي أجر من أجله، أو لم يؤدّ إلى نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا، فإن عقد الاعتماد الإيجاري لا ينفسخ، بل يجب أن يخطر المستأجر المؤجر، ويقع على هذا الأخير حينئذ إرجاع العين إلى الحالة التي كانت عليها عند التسليم، أما في حالة وجود بند في عقد التأجير التمويلي ينقل الالتزام بالصيانة كلية إلى المستأجر، يتعين عليه إصلاح العين على نفقته، إلا إذا كان الهلاك الجزئي من الجسامة بحيث لا يمكن إصلاحه، ففي هذه الحالة يأخذ حكم الهلاك الكلي[5]. أما إذا كان هلاك الشيء المؤجر بسبب المستأجر فإنّ المؤجر لا يتحمل تبعة

---

(1) قرمان، عبد الرحمن سيد، المرجع السابق، ص107، وفي نفس المعنى، انظر: البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص324.
(2) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، 186 و187.
(3) انظر نصي المادتين (369 و478) من القانون المدني الجزائري. ويقابلهما نصي المادتين (680 و691) من القانون المدني الأردني.
(4) أنظر: المادة (481) من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة (699) من القانون المدني الأردني.
(5) قرمان، عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص109، وفي نفس المعنى، انظر: البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص326.

الهلاك على وجه الإطلاق (إعمالا لنص المادتين (680 و691) من القانون المدني الأردني، وكذلك نص المادتين (369 و478) من القانون المدني الجزائري).

إلا أن الكلام عن تبعة الهلاك في ميدان عقود التأجير التمويلي يقودنا إلى الحديث عن موضوع التأمين على الأصل المؤجر، ذلك أن إلزام المستأجر بالتأمين على المال المأجور – مثلما جرت عليه العادة – يعني إلزامه بتحمل تبعة الهلاك.

وفي هذا السياق، نص المشرع الجزائري في نصوص المواد (34 و39/ 8 و41) من قانون الاعتماد الإيجاري على إمكانية اتفاق طرفي العقد على أن يقوم المستأجر بالتأمين على الأصل المؤجر. كما جرى العمل في عقود الليزنغ أن يشترط المؤجر على المستأجر التأمين على العين المؤجرة، ومثال ذلك الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لكل من بنك البركة الجزائري وشركة (ناتيكسيس الجزائر). وبما أن التأمين – من الناحية العملية – من التزامات المستأجر فسيترك هذا الموضوع للتفصيل فيه عند دراسة التزامات المستأجر[1].

أما المشرع الأردني فاختصر المسافة وأوجب على المستأجر تحمل تبعة الهلاك ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك، ويبقى التأمين على الأصل بعد ذلك من شأن المستأجر، إن شاء أمن عليه وإن شاء لم يؤمن. حيث تنص المادة (14) من قانون التأجير التمويلي الأردني على ما يلي:

«أ. يتحمل المستأجر مسؤولية سلامة المأجور وتبعة أي مخاطر متعلقة بهلاكه... ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك.

ب. إن هلاك المأجور أو استحالة استعماله وفقا للغايات المقررة له بعد تسلمه، ولو كان ذلك عائدا لظروف قاهرة أو لسبب خارجي لا يد له فيه، لا يعفي المستأجر من التزاماته بموجب عقد التأجير ولا يتيح له المطالبة بفسخه ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك...».

---

(1) انظر الصفحة من 104 إلى 108 من هذه الرسالة.

إذن، يغلب من الناحية العملية – حتى في غياب النص القانوني – أن تحاول المؤسسة المؤجرة الاستفادة من عقد التأجير التمويلي بصورة تحافظ على حقوقها، وذلك باستمرارها في الخروج على القواعد العامة للإيجار، إذ تلقي على المستأجر تبعة هلاك الأموال المؤجرة. فتنقل تبعة الهلاك إلى المستأجر، ووسيلتها في تحقيق ذلك اشتراطها على المستأجر تأمين الأموال المؤجرة لدى شركات التأمين[1] ضد الأخطار المحتملة. وبذلك تنقل تبعة هلاك الأموال المؤجرة بفعل القوة القاهرة أو فعل الغير إلى المستأجر، باعتباره هو من يدفع أقساط التأمين، وتحصل الشركة على مبلغ التأمين في حالة هلاك الشيء المؤجر الذي أمّن عليه المستأجر باعتبارها المستفيد من وثيقة التأمين[2].

المطلب الثالث: الالتزام بنقل الملكية أو تجديد العقد بناء على رغبة المستأجر

يتضمن عقد التأجير التمويلي ثلاث خيارات عند نهايته هي: تملك المال وتجديد العقد ورد المأجور[3]، وقد ذهب اتجاه فقهي[4] بعيدا في هذا الشأن إذ اعتبر العقد تأجيرا تمويليا إذا تضمن هذه الخيارات، أما إذا خلا منها فلا يوصف الاتفاق حينئذ بأنه عقد تأجير تمويلي. وإذا كنا سنناقش رد العين المؤجرة في نهاية مدة العقد عند تطرقنا لدراسة التزامات المستأجر في المبحث الثاني من هذا الفصل، إلا أننا سنتطرق فيما يأتي إلى التزام المؤجر – في نهاية عقد التأجير التمويلي – بنقل ملكية الأصل المؤجر إلى المستأجر أو تجديد العقد إن أعمل المستأجر أحد هذين الخيارين.

---

(1) ناصيف، إلياس، العقود الدولية (عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن)، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008. ص290.

(2) طبقا للمادة (17) فقرة (04) والمادة (41) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

(3) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص1. وانظر كذلك نص المادة (16) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

(4) الخصاونة، علاء الدين عبد الله فواز، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي (دراسة مقارنة)، عمان، الأردن، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 2002، ص194.

أولاً: الالتزام بنقل الملكية

تلتزم شركة التأجير التمويلي بتمليك المال للمستأجر في نهاية العقد إن هو رغب في ذلك، ويفسر هذا الالتزام – في غياب النص القانوني – بالوعد المنفرد بالبيع الذي تقطعه الشركة للمستأجر منذ إبرام عقد التأجير التمويلي(1).

فمن أهم ما يميز عقد التأجير التمويلي هو تعهد المؤجر بنقل ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر عند نهاية العقد إذا أبدى رغبته في ذلك(2). بل أكثر من ذلك، استقر الفقه الفرنسي على أن عقد التأجير التمويلي يتضمن تعهدا من طرف واحد (المؤجر) ببيع المال المأجور إلى المستأجر إذا أبدى هذا الأخير رغبته في الشراء عند نهاية العقد، ويعتبر هذا التعهد عنصرا أساسيا لإعطاء العقد وصف التأجير التمويلي. بعبارة أخرى، إذا لم يتوفر مثل هذا التعهد كان العقد إيجاراً عادياً فقط(3). في نفس السياق، نفت محكمة النقض الفرنسية (غرفة تجارية) صفة التأجير التمويلي عن عقد الإيجار المرتبط بتعهد المستأجر بالشراء في نهاية العقد(4).

وعليه، يعدّ تمكين المستأجر من تملك الأصل المؤجر في نهاية مدّة الإيجار ركنا جوهريا في عقد الاعتماد الإيجاري(5). بل وذهب البعض إلى القول أن العقد يجب أن يتضمن – تحت طائلة فقدان وصفه بالاعتماد الإيجاري – خيار الشراء للمستأجر في نهاية العقد، والقيمة التي يجب على المستأجر دفعها في حالة إعماله خيار الشراء (القيمة المتبقية)(6).

---

(1) أبو حصوة، زياد، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، دار الرأي للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005، ص167.

(2) Leaseurope and Anderson, Arthur leasing in Europe, Mc GRAW-HILL, England, 1992, page 10. In the same meaning look:
Amembal, Sudhir P. and others, equipment leasing, Mc GRAW-HILL, England, 1992, page 15.

(3) Bonneau, Thierry op cit, page 394.

(4) Bonneau, Thierry, op cit, p394,396.

(5) دويدار، هاني، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، المرجع السابق، ص364.

(6) Hideur, Nacer le leasing en Algérie, page 2, article disponible sur le site:
http://www.apsf.org.ma/SITE%20PUBLIC_DOCS/PUBLICATIONS/ACTES%20ASSISES/ACTES%20CB%20_%20NH.pdf.
تاريخ تصفح الموقع: 14/ 09/ 2010.

فالمشرع الفرنسي يعتبر هذا الالتزام بمثابة العلامة الفارقة التي تميز عقد التأجير التمويلي عن غيره من العقود، إذ نصت المادة الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي على ما يلي: «عمليات التأجير التمويلي المعنية بهذا القانون هي:

1. عمليات تأجير أصول أو معدات أو تجهيزات مشتراة من طرف مؤسسات... إذا كانت هذه العمليات مهما كانت صفتها تعطي للمستأجر إمكانية الشراء بمقابل يأخذ في عين الاعتبار دفعات الإيجار السابقة...».

وكذلك فعل المشرع الجزائري إذ اعتبر التزام المؤجر بنقل ملكية الأصل المؤجر في نهاية العقد بناء على رغبة المشتري من أهم ميزات عقد الاعتماد الإيجاري، وهذا ما ورد في نص المادة (11) من قانون الاعتماد الإيجاري كالآتي: «يجب أن يشير عقد الاعتماد الإيجاري...تحت طائلة فقد هذه الصفة، إلى مدة الإيجار ومبلغ الإيجار وحق الخيار بالشراء الممنوح للمستأجر عند انتهاء العقد... »، كما أعطى المشرع الجزائري للمستأجر – بنص قانوني حاسم – حق شراء الأصل المؤجر في نهاية العقد إن هو رغب في ذلك، إذ جاء في نص المادة (16) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري ما يلي: «يمكن للمستأجر، عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء وبتقدير منه فقط:

- إما أن يشتري الأصل مقابل دفع قيمته المتبقية كما تم تحديدها في العقد.
- وإما أن يعيد تجديد الإيجار لفترة ومقابل دفع إيجار تتفق عليه الأطراف.
- وإما أن يرد الأصل المؤجر للمؤجر».

وفيما يخص المشرع الأردني، فبعدما كان يعتبر التزام المؤجر بنقل الملكية في نهاية العقد بمثابة ركن أساسي في عقد التأجير التمويلي في قانون التأجير التمويلي المؤقت رقم 16 لسنة 2002 المادة (03)، أصبح لا يعطي مرتبة الركن الجوهري لالتزام المؤجر بنقل ملكية المأجور إلى المستأجر في نهاية العقد في قانون التأجير التمويلي رقم 45 لسنة 2008 إذ نصت المادة 03 منه على ما يلي:

«أ. يكون العقد عقد تأجير تمويلي، إذا تحقق فيه الشرطان التاليان وبغض النظر عن شموله أو عدم شموله لخيار الشراء:

1. أن يكون تملك المؤجر للمأجور من المورد بهدف تأجيره بموجب عقد التأجير.
2. أن يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور مقابل بدل الإيجار».

وفي الحقيقة، لا يجد الباحث مبررا لتراجع المشرع الأردني عن اعتبار التزام المؤجر بنقل ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية العقد – إن أبدى رغبته في ذلك – بمثابة الركن الجوهري في عقد التأجير التمويلي، رغم أن هذا الالتزام يعد – كما سبق توضيحه – واحدا من أهم خصائص هذا العقد.

إلا أن قانون التأجير التمويلي الأردني نص في الفقرة (ج/ 1) من المادة (12) على التزام المؤجر بالتنازل عن العقار المؤجر لدى الدوائر المختصة إن أبدى المستأجر رغبة في تملكه، بل ورتبت الفقرة الثانية من نفس المادة جزاء على عدم قيام المؤجر بذلك، يتمثل في تعويض قانوني مقداره 9% سنويا من قيمة المأجور في تاريخ تخلف المؤجر عن تنفيذ التزاماته يدفعه المؤجر للمستأجر. كما يحق للمستأجر في مثل هذه الأحوال اللجوء إلى المحكمة المختصة لاستصدار حكم ينقل ملكية المأجور باسمه (المادة 12/ ج1 من قانون التأجير التمويلي الأردني).

أما في المنقولات، فإذا مارس المستأجر خيار الشراء فيعتبر مالكا للمأجور حكما بمجرد إشعار المؤجر خطيا بممارسته للخيار المذكور ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك (إعمالا لنص المادة (12/ د) من قانون التأجير التمويلي الأردني).

وبناء على ذلك، يتضح من قراءة نصوص قانون التأجير التمويلي الأردني مجتمعة أن المشرع يميل إلى ترتيب خيار الشراء للمستأجر، رغم اتساع عبارات نص المادة 3 من هذا القانون، وهو اتساع حبذا لو تفاداه المشرع بتقرير خيار الشراء للمستأجر بنص صريح تحت طائلة فقدان العقد لصفة التأجير التمويلي.

وفيما يخص العمل، جرت العادة على تضمين عقود التأجير التمويلي بندا يلتزم بموجبه المؤجر بنقل ملكية العين المؤجرة في نهاية العقد إلى المستأجر، ومثال ذلك ما ورد في نص المادة (07) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة لبنك البركة الجزائري كالآتي: «تعتبر العين المؤجرة المبينة في التعيين أعلاه ملكا للمؤجر، ولا يمكن تحويل ملكيتها إلى المستأجر إلا بعد سداد القسط الأخير من الإيجار مضافا إليه كافة المصاريف والملحقات ولاسيما تلك المتعلقة بنقل ملكية العين

المؤجرة حيث يحق للمستأجر حينئذ امتلاك العين المؤجرة مباشرة». وبنص مشابه أعطت المادة (07) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لنفس البنك حق التملك للمستأجر في نهاية العقد، كما أن المادة (18) من ذات الشروط لذات البنك أكدت على حق المشتري في تملك المأجور إن هو رغب في ذلك عند نهاية العقد إذ جاء فيها: «تنتقل ملكية الأصول المنقولة للعميل عند انتهاء العقد الحالي بشرط رفع المستأجر لخيار الشراء بموجب رسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام موجهة للمؤجر في أجل أقصاه 15 يوما قبل انتهاء مدة الإيجار...». وهذا أيضا ما أقرته المادة (06) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس الجزائرNatixis Algérie) والتي جاء فيها: «تبقى ملكية الأصل – حصراً – للمؤجر التمويلي طيلة مدة العقد،...ولا يمكن أن تنتقل إلى المستأجر التمويلي إلا إذا أعمل الأخير خيار الشراء بعد أدائه لكامل التزاماته...». من جانبها تلتزم شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية بتمليك المأجور للمستأجر بموجب البند (6/ 2) من الشروط الخاصة لعقد التأجير التمويلي الذي جاء فيه: «ويلتزم المؤجر بنقل ملكية المأجور إلى المستأجر شريطة تسديد المستأجر لجميع الالتزامات المترتبة عليه بموجب هذا العقد، ويتحمل المستأجر منفردا جميع الرسوم والمصاريف المترتبة على نقل الملكية، ويشمل لفظ المصاريف أيضا أي نفقات اتصالات وأجور بريد وفرق العملة وعمولة التحصيل وأتعاب المحاماة والخبرة وأجور التحكيم وأية دراسات فنية وخلافها لغايات متابعة تنفيذ العقد».

ويؤسّس الفقه الحديث[1] التزام المؤجر التمويلي بنقل ملكية الأصل المؤجر إلى المستأجر التمويلي على أساس وعد بالبيع ملزم لجانب واحد (أي وعد يلزم الشركة المموّلة دون المستأجر).

والجدير بالذكر، أنّ الوعد بالبيع له دور متميز في إطار الاعتماد الإيجاري. ذلك أنّ الوعد بالتعاقد – هو في الأصل – اتفاق يمهّد إلى إبرام عقد من العقود، بينما يعد الوعد بالبيع سبيلا لانقضاء عقد الاعتماد الإيجاري[2].

---

(1) Galais, Jean Auloy, op cit, page 8, paragraphe 112.

(2) حوالف، عبد الصمد، المرجع السابق، ص98.

ولكن يجب التنويه هنا إلى أن التزام المؤجر التمويلي بنقل ملكية المأجور إلى المستأجر في نهاية مدة العقد تكون مشروطة بأن يكون المستأجر قد أوفى بجميع الالتزامات التي يلقيها على عاتقه عقد التأجير التمويلي، ذلك أن إخلال المستأجر بتلك الالتزامات غالبا ما يؤدي إلى فسخ العقد، وبالتالي زواله بما يتضمنه من التزامات[1].

إذن، يحقق الالتزام بنقل الملكية مصلحة كل من الطرفين المتعاقدين: فشركة التأجير التمويلي يهمها (التخلص) من العين المؤجرة بمقابل – ولو كان بسيطاً – بعدما حققت به استثمارا مربحا، ذلك أن الشركة لا تهدف إلى تملك العين المؤجرة أصلاً. أما المستأجر التمويلي فيسمح له تملك العين المؤجرة بالاستمرار في استغلالها واستعمالها والانتفاع بها، فحتى لو انتهى عمرها الاقتصادي أو نقصت مردوديتها فليس بالضرورة أن تصبح غير صالحة للانتفاع. وعلاوة على ذلك، إذا أعمل المستأجر التمويلي خيار الشراء فيصبح له حق جديد على العين التي كانت محلا للتأجير ألا وهو حق التصرف.

وإن كانت شركات التأجير التمويلي لا تلزم المستأجر بتملك الأصل إلا أنها تعمل على إقناعه بذلك من خلال خلق حالة واقعية تملي عليه إعمال خياره بالتملك[2]. من ذلك خفض ثمن التملك (الذي يمثل – عادة – القيمة المحاسبية المتبقية للأصل) مقارنة بقيمته السوقية وقت تملك المستأجر له[3]، مما يحثه على إعمال خيار الشراء ما لم يصب الأصل المؤجر اضمحلال (تقادم) اقتصادي حاد يجعل المستأجر يعزف عن السعي لتملكه.

---

(1) الهلسة، عماد أديب، دراسة قانونية حول قانون التأجير التمويلي رقم 16 لسنة 2002 وتعديلاته، مجلة نقابة المحامين، من الصفحة 86 إلى 138، الأردن، (د.ت). ص113 و114

(2) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص368.

(3) وهذا ما أدى ببعض المؤسسات التي تعمل في هذا المجال في أن تطلق على هذه القيمة، تسمية الدينار الرمزي تعبيرا على تفاهة قيمة المبلغ الذي يدفعه المستفيد إذا ما أعمل خيار شراء الأصل. ومثال ذلك، نص المادة (09) من الشروط العامة لعقد الاعتماد الإيجاري لأصول غير منقولة كما يمارسه بنك البركة الجزائري.

وإذا كان الأصل، هو التزام الشركة الممولة بنقل الملكية في نهاية فترة الإيجار، إلا أن بعض العقود قد تجيز للمستأجر طلب تملك الأصل قبل هذا الموعد، مقابل أن يقوم بسداد جميع أقساط الأجرة الباقية، فضلا عن ثمن التملك المتفق عليه[1]. فلا يوجد ما يمنع من أن يطلب المستأجر تملك المأجور قبل نهاية مدة عقد التأجير التمويلي على أن يدفع أقساط الأجرة جميعاً، ذلك أن للمؤجر هدفاً ثابتاً من إبرام عقد التأجير التمويلي يتمثل في استرداد رأسماله المستثمر في تمويل الأصل المؤجر فضلا عن قسط من الأرباح، ولا يعنيه تحقق ذلك على مدى مدة الإيجار أو مدة أقصر[2].

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو إعفاء طرفي عقد التأجير التمويلي من دفع الرسوم والضرائب إذا جرى نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية العقد، حيث تنص المادة 353/ 5 من القانون الجزائري رقم 03/ 22 المؤرخ في 28/ 12/ 2003 يتضمن قانون المالية لسنة 2004[3] على ما يلي: «... تعفى من رسم الإشهار العقاري:

6. العقود المتعلقة باقتناء العقارات...في إطار الإيجار العقاري أو أي قرض عقاري مشابه موجه لتمويل الاستثمارات...».

كما نصت المادة 15/ج من قانون التأجير التمويلي الأردني على هذا الامتياز أيضا، إذ جاء فيها: «...يعفى المؤجر والمستأجر من دفع أي رسوم أو ضرائب إذا جرى نقل ملكية العقار أو أي من المنقولات الخاصة من المؤجر لتصبح باسم المستأجر لدى الجهة الرسمية المختصة تنفيذا لعقد التأجير».

وقد سارت محكمة التمييز الأردنية في هذا الاتجاه أيضا، وذلك في قرارها التفسيري رقم 1 لسنة 2004 المتخذ بالإجماع بتاريخ 03/ 03/ 2004[4] والذي جاء فيه:

---

(1) انظر: المادة (10) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

(2) الهلسة، عماد أديب، المرجع السابق، ص114.

(3) منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 83 بتاريخ 29/ 12/ 2003.

(4) منشور على الصفحة 1263 من الجريدة الرسمية الأردنية رقم 4649 بتاريخ 16/ 03/ 2004.

«... بتاريخ 11 محرم لسنة 1425هـ الموافق 3/ 3/ 2004 اجتمع الديوان الخاص بتفسير القوانين برئاسة معالي السيد محمد صامد الرقاد رئيس محكمة التمييز وعضوية كل من أصحاب العطوفة السيد علي الهنداوي رئيس ديوان التشريع والرأي في رئاسة الوزراء، والسيدين بادي الجراح ومحمد أمين الخرابشة القاضيين في محكمة التمييز والسيد غازي الشطناوي مندوب وزير المالية/ الأراضي والمساحة، وذلك بناء على طلب دولة رئيس الوزراء بكتابه رقم (ص.ت 1-42) تاريخ 14 ذو القعدة لسنة 1424 هجرية الموافق 7/ 1/ 2004 ميلادية المتضمن طلب تفسير المادة (21) من قانون التأجير التمويلي رقم (16) لسنة 2002 وبيان ما يلي:

بما أن العقار محل عقد التأجير التمويلي يخضع للتسجيل لدى دائرة تسجيل الأراضي المختصة عند نقل ملكيته من المؤجر إلى المستأجر، فهل يتم عند تسجيله استيفاء رسوم معاملات الإيجار المقررة بموجب قانون رسوم تسجيل الأراضي رقم (26) لسنة 1958، أم يعتبر كل من المؤجر والمستأجر معفى من هذه الرسوم استنادا لأحكام الفقرة (ب) من المادة (21) من قانون التأجير التمويلي رقم (16) لسنة 2002م.

ويبنى على كل ما تقدم، أن المؤجر والمستأجر معفيان من رسوم نقل ملكية العقار تنفيذا لعقد التأجير التمويلي، ولكن عقد التأجير التمويلي غير معفى من الرسوم عند تسجيله كعقد إيجار ابتداء في دائرة التسجيل المختصة.

هذا ما قررناه بالإجماع بشأن التفسير المطلوب».

إن الحديث عن التزام المؤجر بنقل الملكية إلى المستأجر في نهاية العقد لا يكتمل دون معالجة الإشكالية التالية: هل يجوز للمؤجر التصرف في المأجور (بالبيع أو الرهن أو التنازل...) خلال فترة الإيجار؟ قد يبدو للوهلة الأولى أن الإجابة بالإثبات على السؤال السابق تشفي الغليل لكون المؤجر مالكا للمأجور، والمالك يملك حق التصرف. إلا أن الوضع ليس بهذه البساطة في ميدان عقود التأجير التمويلي، ذلك أن مثل هذه الإجابة قد تقودنا إلى تساؤل آخر كالآتي: ما هو مصير التزام المؤجر بنقل الملكية إلى المستأجر في نهاية العقد إذا كان قد تصرف في العين المؤجرة سلفا؟

لمس الباحث اختلافا في موقفي المشرعين الجزائري والأردني حول هذه المسألة كما يلي:

أ. موقف المشرع الجزائري

اكتفى المشرع الجزائري بتقرير بقاء ملكية العين المؤجرة للمؤجر، وأكد على أن المؤجر – شأنه في ذلك شأن أي مالك – يتمتع بكل الحقوق القانونية المتفرعة عن حق الملكية، ويأتي على رأس هذه الحقوق بطبيعة الحال حق التصرف. وهذا عين ما نصت عليه المادة 19 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري التي جاء فيها:

«يبقى المؤجر صاحب ملكية الأصل المؤجر خلال كل مدة عقد الاعتماد الإيجاري... يستفيد المؤجر من كل الحقوق القانونية المرتبطة بحق الملكية...».

ويبدو أن المشرع الجزائري إذ أجاز للمؤجر التصرف في العين المؤجرة فإنه رأى أن تقرير حق المستأجر بتملك المال المؤجر عند نهاية العقد دونما حاجة لرضا المؤجر (يكفي أن يخطر المستأجر المؤجر لانعقاد بيع المأجور حكما)[1] يمثل ضمانة كافية لتنفيذ المؤجر التزامه بنقل الملكية بعد مضي فترة العقد إن رغب المستأجر في ذلك. أما إذا تصرف المؤجر للغير خلال فترة الاعتماد الإيجاري فيجب عليه حينئذ تحمل مسؤوليته كاملة في مواجهة هذا الغير، لا سيما إذا كان هذا الأخير يجهل وجود عقد اعتماد إيجاري. ومعنى ذلك أن عقد الاعتماد الإيجاري – يستمر بقوة القانون – حتى ولو باع المؤجر العين المؤجرة أو رهنها أو تنازل عنها، وبالتالي يظل المستأجر متمتعا بحقه في تملك الأصل المؤجر في مثل هذه الأحوال فيلتزم بالالتزامات ويستفيد من الحقوق المقررة في عقد التأجير التمويلي، ذلك أن شخصية المالك ليست أمرا ذا أهمية جوهرية بالنسبة للمستأجر التمويلي[2]. وعلاوة على ذلك، يمكن للغير المتصرف له – إن كان يجهل وجود عقد اعتماد إيجاري – الرجوع على المؤجر بطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه جراء تصرفه في العين المؤجرة.

---

(1) طبقا لنص المادة 45 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

(2) على عكس شخصية المستأجر التي تمثل عنصرا جوهريا بالنسبة للمؤجر لأنه أعطاه الائتمان بناء على حالته المادية وسمعته وخبرته.

وفي نفس الاتجاه، جرى العمل في الجزائر على تضمين عقود الاعتماد الإيجاري نفس الحكم المقرر في قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري، ومثال ذلك ما ورد في المادة 15 من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لبنك البركة الجزائري كالآتي: «يمكن للبنك[1] أثناء سريان هذا العقد أن يقوم بإحالة حقوقه المترتبة عن هذا العقد إلى الغير. في هذه الحالة، على هذا الغير المحال إليه أن يلتزم بمواصلة تنفيذ هذا العقد بنفس الشروط المنصوص عليها فيه...».

ب. موقف المشرع الأردني

مر موقف المشرع الأردني من موضوع مدى جواز تصرف المؤجر في العين المؤجرة وأثر ذلك على التزام المؤجر بنقل الملكية بمرحلتين:

المرحلة الأولى: قانون التأجير التمويلي المؤقت رقم 16 لسنة 2002 وتعديلاته

منع هذا القانون تصرف المؤجر في العين المؤجرة، إلا إذا تم الاتفاق على ذلك خطيا مع المؤجر المادة (12)، وحتى لو اتفق الطرفان خطيا على ذلك فلا يعد هذا التصرف نافذا في حق المستأجر إلا من تاريخ إخطاره به، ودون أن يؤدي ذلك إلى أي انتقاص من حقوق المستأجر المقررة في العقد أو ترتيب التزامات جديدة عليه (المادة15من ذات القانون).

المرحلة الثانية: قانون التأجير التمويلي رقم 45 لسنة 2008

غير المشرع الأردني موقفه السابق قليلا في ظل قانون التأجير التمويلي رقم 45 لسنة 2008 إذ أصبح لا يشترط الموافقة الخطية للمستأجر وإخطاره لجواز تصرف المؤجر بالعين المؤجرة، وإنما أعطى المشرع الحق للمؤجر في التصرف بالعين المؤجرة، ثم عاد وقيد هذا الحق بموافقة المستأجر. وفي هذا الصدد نصت المادة 12 على ما يلي:

«أ. يترتب للمؤجر الحقوق والمزايا التالية:

(1) الذي يمثل المؤجر التمويلي في هذه الحالة.

...4. بيع المأجور أو رهنه بموافقة المستأجر بشرط أن لا يترتب على ذلك أي انتقاص من أي حقوق أو مزايا مقررة للمستأجر أو فرض أي التزامات جديدة عليه...».

إلا أن نظرة متأنية في نص الفقرة (ج) من المادة (12) السابقة الذكر توحي بأن المشرع الأردني أكد على حق المستأجر في تملك العين المؤجرة في نهاية العقد في كل الأحوال، وهذا نص الفقرة:

«إذا مارس المستأجر خيار الشراء المنصوص عليه في عقد التأجير وكان المأجور عقارا أو من المنقولات الخاصة، يلتزم المؤجر بالتنازل عن المأجور لدى دوائر التسجيل المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إشعاره خطياً بذلك، وفي حال تخلفه يحق للمستأجر اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم قضائي بنقل ملكية المأجور باسمه...».

بعد استعراض موقفي المشرعين الجزائري والأردني يبدو أن الاختلاف بينهما هو مجرد اختلاف شكلي، ذلك أن هدف المشرعين واحد في نهاية المطاف، ألا وهو الحفاظ على حق المشتري في تملك العين المؤجرة عند نهاية عقد التأجير التمويلي إن هو رغب في ذلك. أما وجه الاختلاف فكان في آلية تحقيق ذلك: فالمشرع الجزائري عمل على إجازة تصرف المؤجر في العين المؤجرة أثناء فترة العقد مع التأكيد على حق المشتري المطلق في التملك بناء على رغبته بنص قانوني واضح وصريح، والمشرع الجزائري بذلك يضع المؤجر أمام الأمر الواقع بإتاحته كل الضمانات القانونية لتملك المستأجر للعين المؤجرة في نهاية العقد. أما المشرع الأردني فيبدو أنه مال إلى منع تصرف المستأجر بالعين المؤجرة ابتداء من خلال اشتراط موافقة المستأجر على ذلك. مع تأكيد ذات المشرع على أنه حتى في الحالات التي يوافق فيها المستأجر على تصرف المؤجر بالعين المؤجرة يظل حقه في تملك هذه العين محفوظا في نهاية العقد وإن تغير مالكها، بل عالج المشرع الأردني حتى مسألة تخلف المؤجر عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المستأجر في نهاية العقد، إذ أعطى للمستأجر في هذه الحالة حق اللجوء إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم قضائي بنقل ملكية المأجور باسمه. وفي الأخير،

يلاحظ الباحث أن موقف المشرع الأردني كان أكثر صرامة وتفصيلا في التعامل مع هذه المسألة، وهو اتجاه استحسنه الباحث.

ثانياً: الالتزام بتجديد العقد

إذا كان من نافلة القول في هذا المقام الإشارة إلى أن المستأجر قد يرغب في نهاية العقد في ممارسة حقه القانوني في تجديد العقد، إلا أنه يجدر التنويه إلى أن المؤجر -في مثل هذه الأحوال – يلتزم بقوة القانون(1) بتجديد عقد التأجير التمويلي لفترة أخرى.

فإذا لم يرغب المستأجر في شراء الأموال المؤجرة يمكنه تجديد عقد التأجير التمويلي، وبذلك تستمر حيازته للمال المؤجر بغرض الانتفاع به، وغالبا ما ينص العقد الأساسي على الشروط التي يتم على أساسها تجديد العقد إذا أعلن المستأجر رغبته في ذلك(2).

على أن أهم ما يمكن ذكره في هذا الصدد هو أن تجديد عقد التأجير التمويلي لابد أن يتم

بمشاركة صريحة لكلا الطرفين، فلا مجال لإعمال التجديد الضمني في مثل هذه العقود(3). وعلة ذلك أن تجديد عقد التأجير التمويلي يكون وفق شروط جديدة، أقلها تخفيض مبلغ الأجرة مقارنة بما كانت عليه في مدة الإيجار الأولى لاعتبارات بلاء الأصل واستهلاكه محاسبيا وتقادمه تكنولوجيا(4).

---

(1) طبقا لنص المادة (16) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري، ويغيب مثل هذا النص في قانون التأجير التمويلي الأردني.

(2) ناصيف، إلياس، العقود الدولية، عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص78.
وفي نفس المعنى، انظر:
Hideur,Nacer op.cit, page 2.

(3) على خلاف ما هو عليه الحال في عقود الإيجار العادية إذ تجيز مثلا المادة (707) من القانون المدني الأردني مثلا التجديد الضمني لعقد الإيجار.

(4) فيلالي، بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الإيجاري، المرجع السابق، ص50.

المطلب الرابع: الالتزام بشهر العقد

تتجرد الملكية من كل فعالية وتصبح عديمة الفائدة إذا أغفلت الشروط الواجب توفرها لإمكان الدفع بها، ولعل أهم هذه الشروط إجراءات الشهر الواجب إتباعها لضمان فعالية حق ملكية المؤجر[1].

ولذلك، يقع التزام شهر عقد التأجير التمويلي على المؤجر لكي يستطيع ممارسة حقه في التحجج بملكية العين المؤجرة في مواجهة دائني المستأجر خصوصا في حالة إفلاس هذا الأخير[2].

وقد أوجب المشرع الفرنسي في نص المادة (03) من قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي الفرنسي إخضاع عقود التأجير التمويلي للشهر، كما نصت المادة 1/ 3 من قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي الفرنسي المعدلة بالأمر رقم 2000/ 1223 الصادر بتاريخ 14/ 12/ 2000 على ما يلي: «تخضع عمليات التأجير التمويلي لإشهار يحدده كيفيته التنظيم، وسيحدد هذا التنظيم شروط الإشهار التي يترتب على مخالفتها عدم الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير». وجاءت المادة (02) من المرسوم الفرنسي رقم (72/ 665) المؤرخ في 4 تموز 1972 المتعلق بشهر عمليات التأجير التمويلي صريحة، إذ فرضت شهر عقد التأجير التمويلي للمنقولات بناء على طلب مؤسسة التأجير التمويلي في سجل خاص يفتح لهذا الغرض لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية أو محكمة الدرجة الأولى التي تتضمن قسما تجاريا. كما نصت المادة (10) من ذات المرسوم على ضرورة شهر عقود التأجير التمويلي للعقارات لدى مكاتب السجل العقاري.

وقد ألزم المشرع الفرنسي المؤسسة المالية بضرورة نشر أي تعديل يطرأ على عقد التأجير التمويلي على هامش الصفحة التي نشر فيها العقد ابتداء (طبقا للمادة 04 من المرسوم 72/ 665 المؤرخ في 4 تموز 1972 والمتعلق بنشر عمليات التأجير التمويلي)،

---

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص361.

(2) Jauffret , Alfred op. cit, p368.

وتسري آثار التسجيل من تاريخ حصوله (وفقا للمادتين 02 و04 من ذات المرسوم)، وعملا بأحكام المادة (08) من نفس المرسوم فإن جزاء تخلف المؤجر التمويلي عن الشهر هو عدم جواز احتجاجه بملكيته للأموال المؤجرة المنقولة في مواجهة دائني المستأجر وخلفه العام، أما في التأجير التمويلي العقاري فجزاء تخلف الشهر هو عدم نفاذ هذا العقد في مواجهة الغير طبقا لنص المادة (11) من المرسوم نفسه، كل ذلك ما لم يقم الدليل على علم هذا الغير بوجود العلاقة التأجيرية بينه وبين المستأجر.

يتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي جعل عبء نشر عقد التأجير التمويلي على عاتق المؤسسة المالية المؤجرة، على اعتبار أنها صاحبة المصلحة بإعلام الغير بملكيتها للأشياء المؤجرة[1]. إلا أن ثمة تباين بين الجزاء المقرر لتخلف نشر عقد التأجير التمويلي للمنقولات، والجزاء المقرر لتخلف نشر عقد التأجير التمويلي العقاري. ففي الأول يتمثل بعدم نفاذ حق ملكية الشركة المؤجرة، وفي الثاني يتمثل في عدم نفاذ العقد في مواجهة الغير[2].

وفي قرار قضائي صادر بتاريخ 27/ 2/ 1990، صادقت محكمة النقض الفرنسية على قرار محكمة الاستئناف الذي قرر بأن المؤجر لا يستطيع الاحتجاج بحق ملكيته على مشتري الأصل موضوع التأجير التمويلي من المستأجر، في حين لو كان المؤجر قد قام بإتمام إجراءات الشهر لأمكنه الاحتجاج ضد الغير – بما فيهم هذا المشتري – بحق ملكيته للأصل المؤجر[3].

من جانبه، نص المشرع الجزائري صراحة على التزام المؤجر بشهر عقود الاعتماد الإيجاري في المادة (6) من قانون الاعتماد الإيجاري التي جاء فيها: «تخضع عمليات الاعتماد الإيجاري إلى إشهار، تحدد كيفياته عن طريق التنظيم»، وبالفعل

---

(1) ناصيف، إلياس، العقود الدولية (عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن)، المرجع السابق، ص236 و237.

(2) ناصيف، إلياس، العقود الدولية (عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن)، المرجع السابق، ص244.

(3) Cass. Com 27/2/1990.

صدر النظام الجزائري رقم 96-06 المؤرخ في 3 / 7/ 1996 المتعلق بتحديد كيفيات تأسيس شركات الاعتماد الإيجاري وشروط اعتمادها[1]، وقد جاء في المادة 14 من هذا النظام ما يلي: «يجب على شركات الاعتماد الإيجاري أن تخضع العمليات التي تدخل في إطار نشاطها للإشهار». ثم صدر بعد ذلك المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 06-90 المؤرخ في 20/ 2/ 2006 (الجريدة الرسمية رقم (10) المؤرخة في 26/ 02/ 2006) يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة، ونصت المادة (3) من هذا المرسوم على ما يلي: «يتعين على المؤجر أن يقوم بقيد كل عقد للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة في السجل المفتوح لهذا الغرض على مستوى ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري التي تم لديها تسجيل الأصل المؤجر...». أما التزام المؤجر بشهر عقود الاعتمادات الإيجارية العقارية فقد تكفل بتنظيمه المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 06-91 المؤرخ في 20/ 2/ 2006 (الجريدة الرسمية رقم 10 المؤرخة في 26/ 02/ 2006) يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة، حيث ورد في المادة (3) من هذا المرسوم ما يلي: «يتعين على المؤجر أن يقوم بنشر كل عقد اعتماد إيجاري للأصول غير المنقولة المذكور في المدة 2 أعلاه، لدى الحفظ العقاري التابع له العقار المعني بعملية الاعتماد الإيجاري...».

أما المشرع الأردني، فقد سلك منهجا آخر في تنظيمه لهذه المسألة، إذ جعل التسجيل في سجل المأجورات المنقولة اختياريا بالنسبة لعقود التأجير التمويلي الواردة على منقولات، واعتبر ذات المشرع المعلومات المقيدة في هذا السجل حجة على الكافة ما لم يثبت ذو العلاقة خلاف ذلك (طبقا لنص المادة 16 من قانون التأجير التمويلي الأردني)، كما أجاز القانون الأردني للمؤجر إلصاق أي بيانات على المأجور المنقول يعتبرها المؤجر ضرورية تتضمن اسمه ما لم يتفق على خلاف ذلك (إعمالا للفقرة 05 من المادة (12) من قانون التأجير التمويلي الأردني). وفي المقابل، فرضت الفقرة (أ) من المادة (15) من قانون التأجير التمويلي الأردني تسجيل عقود التأجير التمويلي الواردة على عقارات في الدوائر الرسمية المختصة تحت طائلة البطلان، والمشرع

---

(1) منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم (66) الصادرة بتاريخ 3/ 11/ 1996.

الأردني – بذلك – لم يأت بجديد، حيث تخضع جميع التصرفات الواردة على العقار للتسجيل طبقا للقواعد العامة في القانون.

كما تشهد الممارسة في الأردن على قيام المؤجر باشتراط إلصاق بيان باسمه على العين المؤجرة لغايات إعلام الغير بملكيته لهذه العين. ومثال ذلك ما نصت عليه الفقرة السابعة من البند (19) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي المعدة من طرف شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية، وفحوى الفقرة كالآتي: «يتعهد المستأجر خلال سريان هذا العقد بالقيام بما يلي:

– إلصاق رقاع في مكان ظاهر على المأجور تفيد أن ملكية المأجور تعود للمؤجر».

وفي الأردن دائما، تقرب الباحث من مصالح مديرية السجل المركزي على مستوى وزارة الصناعة والتجارة ملتمسا الإجابة عن السؤالين التاليين: أغفل قانون التأجير التمويلي الأردني ذكر الطرف الذي يتعين عليه الاضطلاع بقيد العقد، فمن يقوم – من الناحية العملية – بذلك باعتباركم المخولين بموجب نص المادة (16) من قانون التأجير التمويلي بصلاحيات تسجيل عقود التأجير التمويلي؟ ثم ما هي المعلومات التي تطلبونها لغايات تسجيل هذه العقود؟

فكانت إجابة مسجل المأجورات المنقولة كما يلي: يجوز تقديم طلب التسجيل في سجل المأجورات المنقولة من قبل المؤجر أو المستأجر لدى مسجل التأجير التمويلي أو من يوكلاه بموجب وكالة عدلية عامة أو خاصة، إلا أنه غالبا ما يقدم مثل هذا الطلب من طرف المؤجر لكونه صاحب المصلحة في حماية المال المنقول وتثبيت ملكيته له. وقد حددت تعليمات سجل المأجورات المنقولة الوثائق والبيانات التي يتضمنها الطلب المقدم لمسجل التأجير التمويلي كالتالي:

- هوية الأحوال المدنية أو جواز السفر.
- يقدم طلب التسجيل في سجل المأجورات المنقولة وفقاً للنموذج المعتمد في الوزارة والذي يتضمن الإفصاح عن المعلومات التالية تحت طائلة رفض تسجيل القيد في حالة عدم توافر أي منها:

أ. أطراف العقد وعناوينهم.

ب. اسم المورد.

ج. وصف المأجور بكافة تفاصيله وخصائصه بما في ذلك الرقم المتسلسل في حالة توافره، واسم الصانع وسنة الصنع وأية معلومات إضافية تميزه عن غيره من المنقولات من النوع نفسه.

د. إذا كان المنقول متصلا بعقار وجب وصف ذلك العقار بشكل ناف للجهالة.

هـ. تاريخ بدء العقد وتاريخ انتهاءه.

و. تحديد قيمة التمويل.

ز. تحديد قيمة بدل الإيجار.

ي. بيان فيما إذا تضمن العقد خيار الشراء أم لا.

ك. بيان فيما إذا كان المنقول محلا للرهن أم لا، مع بيان الجهة الراهنة في حالة رهنه.

ل. الغاية من استخدام المأجور فيما إذا كانت تتجه للاستهلاك أم الإنتاج، وفي حالة كون الغاية إنتاجية يجب ذكر حجم المنشأة فيما إذا كانت كبيرة أو متوسطة أو صغيرة وفقا للأسس المعتمدة في الوزارة. وهذا لغايات إحصائية داخلية فقط ولا علاقة له بالقانون[1].

هذا وقد طرح الباحث سؤالا آخر على ذات الجهة كالآتي: ما هي آثار قيد عقد التأجير التمويلي لدى مصالح مديرية السجل التجاري والصناعي المركزي؟ وفي المقابل، ما هي آثار عدم إجراء مثل هذا القيد؟

وكإجابة عن السؤال أعلاه، أفاد مسجل المأجورات المنقولة لدى وزارة الصناعة والتجارة الأردنية بما يلي: فيما يخص أثار قيد عقد التأجير التمويلي للمنقولات في السجل المركزي فهو أن جميع البيانات والوثائق المستخرجة من السجل والمصدقة من

(1) مسجل المأجورات المنقولة لدى وزارة الصناعة والتجارة الأردنية الأستاذة: حدادين، رولا، مقابلة شخصية جرت بمقر وزارة الصناعة والتجارة الأردنية، عمان، الأردن. بتاريخ 12/ 05/ 2010.

المسجل تكون حجة على الكافة ما لم يثبت ذو العلاقة خلاف ذلك،كما أن مجرد قيد بيانات العقد في السجل يعطي للجمهور الحق في الاطلاع عليها بمقابل نقدي، وكل ذلك إعمالا لنص الفقرتين (ه) و(و) من المادة (16) من قانون التأجير التمويلي. ولا بأس من التذكير هنا أن تقديم أي معلومة غير صحيحة للمسجل يعرض صاحبه لعقوبات جزائية (الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر أو غرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد عن خمسة آلاف دينار أو بكلتا العقوبتين معا طبقا لنص المادة (16/ ز) من قانون التأجير التمويلي). أما عن آثار عدم القيد، فبما أن التسجيل في سجل المأجورات المنقولة اختياري طبقا لنص المادة (16/ أ/ 1) من قانون التأجير التمويلي فلا أثر – على وجه الإطلاق – لعدم القيد في السجل على صحة عقود التأجير التمويلي. وعلى الرغم من ذلك، لما كان القيد في السجل يهدف -أساسا- إلى إعلام الغير بوجود حق ملكية على المال المأجور، يعتبر أي شخص يتصرف له بهذا المال سيء النية إذا لم يراجع سجل المأجورات المنقولة مسبقاً[1]، وبالتالي يجوز للمؤجر – في كل الأحوال – استرجاع ماله من هذا الشخص، ولا يبقى للأخير سوى الرجوع على المستأجر لجبر الضرر الذي أصابه[2].

خلاصة القول في الحديث عن التزام المؤجر بشهر عقد التأجير التمويلي هي أن هذا الالتزام يتضح بصورة جلية في ظل القانونين الفرنسي والجزائري، ذلك أن المشرع الفرنسي فرض هذا الالتزام على المؤجر وبين جزاء تخلفه عن ذلك بنصوص قانونية صريحة. وبتفصيل أقل، أوجب المشرع الجزائري – صراحة – على شركة الاعتماد الإيجاري شهر العقد. إلا أن مسلك المشرع الأردني في تنظيمه هذا الالتزام اتسم بإغفال مسائل هامة تخص الالتزام بشهر عقد التأجير التمويلي، من ذلك عدم تحديده

---

(1) وهو طرح لا يوافق عليه الباحث، فمن الناحية العملية يصعب إجبار كل متصرف له بمنقول بمراجعة سجل المأجورات المنقولة الذي قد يجهل وجوده أساسا، هذا مع التأكيد على حق المؤجر في استرجاع المأجور من أي متصرف له به من طرف المستأجر من جهة، وحق المتصرف له في الرجوع على المستأجر بتعويض ما أصابه من ضرر من جهة أخرى.

(2) مسجل المأجورات المنقولة لدى وزارة الصناعة والتجارة الأردنية الأستاذة: حدادين، رولا، نفس المقابلة السابقة.

الطرف الذي يقع عليه هذا الالتزام من جهة، وإغفاله إلزامية الشهر بجعله التسجيل في سجل المأجورات المنقولة اختياريا من جهة أخرى. ويبدو أن المشرع الأردني رأى أن إعطاء المؤجر حق وضع بيان باسمه على المنقول المأجور يفي بغرض شهر عقد التأجير التمويلي، إلا أن ذات المشرع عاد ووقع في نفس الخطأ السابق (إهمال عنصر الإلزام) لما أجاز للطرفين الاتفاق على عدم وضع هذا البيان. وبهذا يكون المشرع الأردني قد اختار – على خلاف نظيريه الفرنسي والجزائري – طريقة غير فعالة لضمان شهر عقود التأجير التمويلي، وربما يكون هذا هو السبب في لجوء الشركات الأردنية الممارسة لعقد التأجير التمويلي[1] إلى اشتراط وضع لافتة على المأجور تفيد ملكيتها له في بنود العقد، وهدف مثل هذا الاشتراط – بطبيعة الحال – هو إلزام المستأجر بوضع مثل هذا البيان لغايات إعلام الغير بملكية شركة التأجير التمويلي للعين المؤجرة، كل ذلك يوحي أن الالتزام بالشهر – في ظل القانون الأردني – أصبح هو الآخر من التزامات المستأجر التمويلي.

صفوة القول في ختام هذا المبحث هي أن التزامات المؤجر – في القانون المقارن – تجد مصدرها في كل من العقد وقانون التأجير التمويلي والقواعد العامة للقانون. ولما كان التدخل التشريعي المنظم لعقد التأجير التمويلي يتم – في الغالب – بقواعد قانونية مكملة، فإن النتيجة التي أوجدها التطبيق هي استئثار شركات التأجير التمويلي بوضع شروط للتعاقد مطبوعة سلفاً[2]، ولا يملك المستأجر إلا قبولها كما هي أو رفضها. مما أدى إلى نقل بعض الالتزامات التي كانت – أصلاً – على المؤجر إلى المستأجر من جهة، وإعفاء المؤجر نفسه من التزامات أخرى عن طريق توكيل المستأجر في تنفيذها أو المطالبة بها من جهة ثانية، وكل ذلك عن طريق الاتفاق. فتخلص بذلك

---

(1) على غرار شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية كما سبق بيانه.

(2) ومثال ذلك عقود التأجير التمويلي لكل من بنك البركة الجزائري وشركة (ناتيكسيس الجزائر) الجزائرية وشركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية، حيث تعد هذه الشركات شروطا لعقد التأجير التمويلي مطبوعة سلفا في صورة عقد نموذجي لا يملك الراغب في الاستئجار التمويلي إلا التوقيع عليه أو رفض ذلك.

المؤجر من موجبات التسليم والصيانة وضمان العيوب الخفية وتحمل تبعة الهلاك. وفي المقابل، بقي المؤجر التمويلي مطالباً بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وضمان التعرض، ونقل ملكية الأصل المؤجر للمستأجر في نهاية العقد بناء على رغبة الأخير، وشهر عقد التأجير التمويلي وفقا للأوضاع التي حددها القانون.

المبحث الثاني
التزامات المستأجر

يقصد بالمستأجر التمويلي كل شخص قانوني يحوز مالا استنادا إلى عقد تأجير تمويلي[1]، أو كما عرفته الفقرة التاسعة من قانون التأجير التمويلي الأردني: «الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينتفع بالمأجور وفق أحكام عقد التأجير». ولم يقيد المشرع -في القانون المقارن -[2] المستأجر بأي قيد، ومن ثم يجوز أن يكون وطنيا أو أجنبيا، شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا. والمهم أن يكون المال الذي يستأجره لازما لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي أو خدمي[3].

وتفرض بنود العقد وقانون التأجير التمويلي والقواعد العامة لعقد الإيجار العديد من الالتزامات على كاهل المستأجر التمويلي: من ذلك الالتزام بأداء بدل الإيجار، والالتزام بالمحافظة على المال محل العقد وصيانته، وتحمل المسؤولية عن الأضرار التي يسببها، والالتزام برد المال المؤجر عند نهاية العقد بلا تجديد ولا شراء. إلا أن هناك التزامات أخرى فيها خروج عن القواعد العامة، فرضها القانون تارة وعقد التأجير التمويلي تارة أخرى، تماشيا مع الطبيعة الخاصة لهذا العقد، وتتمثل هذه الموجبات في فحص العين المؤجرة واستلامها، وتحرير محضر استلام يثبت حالتها

---

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، تطورات حديثة في التأجير التمويلي، بحث منشور في: الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، المرجع السابق، ص145.

(2) انظر كلاً من: المادة (1) من قانون التأجير التمويلي الفرنسي، والمادة (1) من قانون الاعتماد الجزائري، والمادة (2) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

(3) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص145.

ومواصفاتها الفنية ومدى مطابقتها للعقد. كما يلتزم المستأجر بالتأمين على المال المؤجر وصيانته. وسوف يأتي الباحث إلى شرح هذه الالتزامات تباعا على النحو التالي:

المطلب الأول: الالتزام بتسلم العين المؤجرة

يفرض المشرع على المستأجر التمويلي استلام العين المؤجرة بالطريقة والحالة والوقت المتفق عليهم[1]، وخلافا للقواعد العامة لعقد الإيجار العادي التي تفرض على المؤجر موجب تسليم الأموال المؤجرة إلى المستأجر، جرى العمل في عقود التأجير التمويلي على إعفاء المؤجر من هذا الموجب[2]. فعادة تحرص شركات الليزنغ على تضمين العقد بنودا يتعهد المستأجر بموجبها باستلام الأموال موضوع العقد من البائع، ورفع مسؤولية المؤجر عن أي تأخير أو أخطاء ناتجة عن ذلك التسليم. بل أكثر من ذلك، يتحمل المستأجر كافة المخاطر التي يمكن أن تنشأ من جراء ذلك الاستلام من جهة، كما يلتزم المستأجر بتنظيم محضر الاستلام بحضور البائع بعد التأكد من مطابقة العين المؤجرة مع عقد البيع من جهة أخرى[3].

وقد أوجب المشرع الأردني – صراحة – على المستأجر الالتزام باستلام العين المؤجرة، حيث جاء في الفقرة (ب/ 1) من المادة (10) من قانون التأجير التمويلي الأردني ما يلي: «...ب. يلتزم المستأجر بما يلي: 1. تسلم المأجور بالحالة المتفق عليها في عقد التأجير...». وفي المقابل، يبدو أن المشرعين الفرنسي والجزائري قد تركا تنظيم هذا الالتزام لعقد التأجير التمويلي نفسه والقواعد العامة لعقد الإيجار.

وتكون مخاطر الاستلام على المستأجر التمويلي، سواء جرى التسليم مباشرة إليه من المؤجر التمويلي، أو جرى إلزامه تعاقدياً باستلام المعدات من مكان إنتاجها أو تخزينها، أو ما جرت عليه العادة من تعيين مكان ثالث لاستلامها. أما في ما يخص

---

(1) Hideur, Nacer op.cit, page 3.

(2) وهي نتيجة تم التوصل إليها من ص 27 إلى ص 34 من هذا المؤلف.

(3) شافي، نادر عبد العزيز، عقد الليزنغ (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، 2004، ص253 و254.

العقارات فيتم التسليم بوضعها تحت تصرف المستأجر الذي يتعين عليه شغلها شخصيا وبصفة فعلية[1].

وفي حال حصول تأخير في الاستلام، يلاحظ أن معظم العقود النموذجية للتأجير التمويلي تنص بشكل عام على أن لا يتحمل المؤجر أية مسؤولية، وأن يمتنع المستأجر عن أي مراجعة ضده في هذا الصدد[2].

ومن أمثلة شركات التأجير التمويلي التي تلزم – صراحة – المستأجر التمويلي باستلام الأصل المؤجر من المورد وتحمل كل تبعات ذلك نذكر شركة (ناتيكسيس الجزائر Natixis Algérie) التي نصت الفقرة الثانية من المادة (02) من شروطها العامة للاعتماد الإيجاري على ما يلي: «...توكل الشركة المستأجر التمويلي لمواجهة المورد بكل دعاوى الضمان...والمستأجر التمويلي وحده مسؤول عن حسن تنفيذ الاستلام من حيث شروطه وكيفيته ووقته...». بل أكثر من ذلك، جاء في الفقرة الرابعة من ذات المادة ما يلي: «...في حالة عدم تحقق التسليم أو تأخره أو رفض المستأجر تسلم العين لعدم المطابقة ورفض المورد تغييرها يعوض المستأجر الشركة عن ثمن العين والنفقات التي تحملتها، ويكون المستأجر وكيلا عن الشركة في كل حقوق متابعة المورد في هذا الشأن».

وفي تبرير هذا الاتجاه يقول الباحث: ربما أن إلزام المستأجر باستلام الأصل المؤجر من المورد يسّهل التأكد من مطابقة مواصفات تلك الأموال لبنود العقد، لأن مسألة المطابقة المشار إليها تدخل – غالباً – ضمن معرفة المستأجر، تبعا لما يتمتع به من خبرة في مجال الأصول المؤجرة. إذ تكون تلك الأموال داخلة ضمن إطار عمل المستأجر، كالمعدات الطبية مثلا التي تدخل ضمن مهنة الطبيب، وهو الأصلح لمعرفة مطابقتها مع ما يناسب حاجاته المهنية، وكذلك هي الحال بالنسبة للمهندس أو المزارع أو لغيرهما[3].

---

(1) Vos questions sur le droit, op cit , page 339.

(2) دويدار، هاني محمد، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص97.

(3) شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص253.

يتضح أن ما يجري عليه التعامل في عقود التأجير التمويلي هو إلزام المستأجر بتسلم العين المؤجرة من المورد، مقابل إعفاء المؤجر من القيام بالتسليم وعدم مساءلته عن ذلك، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على استغلال المؤجر للطابع المكمل الذي تتسم به القواعد المنظمة لالتزامات أطراف عقد التأجير التمويلي للتخلص من أكبر قدر ممكن من الالتزامات.

وإذا كان هذا هو الحال عند النظم التي اشترطت الشراء المسبق للأصول المؤجرة، فإن الأمر اختلف بعض الشيء عند النظم التي لا تشترط الشراء المسبق (مثل التشريع الجزائري)، حيث إن المؤجر التمويلي قد يكون مالكاً للأصل المؤجر، ففي مثل هذه الحالات يلتزم المستأجر بتسلم العين المؤجرة من المؤجر، أما إذا كانت الأموال في يد المستأجر بصفة أخرى قبل انعقاد التأجير التمويلي فيقع التسلم حينئذ حكماً.

وتتحدد مسؤولية المستأجر بصفته وكيلا بدرجة العناية التي يبذلها في تنفيذ الوكالة طبقا للقواعد العامة، وهي العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة (وفقا للمادة 576 من القانون المدني الجزائري التي تقابل المادة 841 من القانون المدني الأردني). وعلى ذلك، يجب على المستأجر – بصفته وكيلا عن المؤجر في استلام العين – أن يختار المبيع المناسب وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها، وكذلك يتفحص المبيع ويستلمه ويحافظ عليه، ويوافي المؤجر باعتباره موكلا بكل المعلومات المتعلقة بالصفقة، كما لا يجوز للمستأجر أن يشتري المال لنفسه، على أن الالتزام الذي لا يثور في هذه الحالة هو التزام الوكيل بتسليم ما قبضه بسبب الوكالة، حيث يعتبر الموكل قد استلمه حكماً[1].

على أن توكيل شركة التأجير التمويلي للمستأجر يكون – عادة – لغايات استلام العين المؤجرة فحسب، وليس للمستأجر طبقا للقواعد العامة القيام بأكثر من ذلك (كأن يوقع عقد التوريد مثلا)، وفي هذا السياق قررت محكمة التمييز الأردنية (حقوق) في قرارها رقم 1298/ 2010 (هيئة خماسية) الصادر بتاريخ 2/ 6/ 2010 ما يلي:

---

(1) محاسنة، نسرين سلامة، المرجع السابق، ص148. وكذلك المواد من (846 إلى 856) من القانون المدني الأردني.

«1. ذهب الاجتهاد القضائي إلى القول بأن أي إضافة في الوكالة غير موافق عليها بتوقيع الموكل تعتبر باطلة، وهذا البطلان ينعكس على الوكالة وعلى الدعوى المقامة بالاستناد إليها، على اعتبار أن صلاحية إعطاء الوكيل الحق بإجراء التصرفات نيابة عن الموكل تحدد من قبل الموكل وليس للوكيل إلا التصديق على صحة توقيع الموكل...»[1].

ويترتب على إلزام المستأجر باستلام الأصل موضوع عقد التأجير التمويلي التزام تبعي يتمثل في التزامه بتنظيم محضر استلام، عندها ينصح المستأجر بفحص المال المؤجر بعناية تامة للتأكد من خلوه من العيوب وتحديد التحفظات التي يراها في هذا الشأن في محضر الاستلام، ومن الأفضل أن يتفق على فترة تجربة للتأكد من صلاحية الأموال المؤجرة[2].

وفي هذا الصدد، تثور مسؤولية المستأجر في مواجهة المؤجر في كل مرة يرتكب فيها هذا الأخير خطأ يسبب ضررا للمؤجر، ومثال ذلك توقيع المستأجر على محضر استلام مخالف للحقيقة أو تأخره في استلام العين المؤجرة (وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية – غرفة تجارية – بتاريخ 22/ 05/ 1991)[3]. وقد يصل جزاء إخلال المستأجر بالتزاماته المتعلقة باستلام المأجور وتحرير محضر استلام إلى حد إعطاء المؤجر حق فسخ عقد البيع، حيث جاء في قرار صادر بتاريخ 22/ 12/ 1992 عن محكمة النقض الفرنسية – غرفة تجارية – ما يلي: «تكون محكمة الاستئناف قد أصابت صحيح القانون، متى أجابت المؤجر في عقد التأجير التمويلي بطلبه فسخ عقد البيع المبرم مع المورد، متى كان المستأجر قد أغفل – باعتباره – متفاوضا مع المورد ووكيلا عن الشركة المؤجرة في استلام المعدات وتحرير محضر استلامها، لأن هذا المستأجر أضرّ بحقوق الشركة المؤجرة قبل المورد»[4].

---

(1) منشورات مركز عدالة، الإصدار السابع، 2010.

(2) Vaineau, P et Deflesselles,J , "crédit bail immobilier et sous location", AJPI, 1997, page 471.

(3) Bonneau, Thierry op cit, page 402.

(4) قرار قضائي ذكرته: البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص312.

وفي كل الأحوال، يظل من حق المستأجر رفض الاستلام وتوقيع المحضر إذا وجد أن المأجور معيب أو مخالف للمواصفات المتفق عليها (عيب عدم المطابقة)، فإذا هو – على الرغم من ذلك – وقع محضر الاستلام لم يعد له الحق في التمسك بكون المأجور معيبا، ولا يمكنه الرجوع على أي من المؤجر أو المورد[1]، كما يجوز للمستأجر رفض الاستلام إذا رفض المورد (أو المقاول) التوقيع على المحضر[2].

علاوة على كل ذلك، قد يتم الاتفاق بين طرفي عقد التأجير التمويلي على إلزام المستأجر بالقيام ببعض الإجراءات الاحترازية أو الوقائية لضمان حسن تسليم الأموال المؤجرة ومطابقتها للمواصفات المطلوبة، كإلزام المستأجر بمراجعة قاضي الأمور المستعجلة لتكليف خبير للتحقق من المعدات المعنية، أو للتحقق من واقعة تأخر البائع بتسليمها في الموعد المتفق عليه في العقد[3].

وجدير بالتنويه أن قيام المستأجر بالتزامه بالاستلام يحقق مصلحته أيضا، ذلك أن تسلم المستأجر المأجور شخصيا يوفر له الوقت والجهد والنفقات بحيث لا ينتظر إلى أن تستلم شركة التأجير التمويلي العين أولا، ليقوم هو بعد ذلك بالفحص والاستلام ثانية[4].

هذا وقد يثور تساؤل هام في إطار الحديث عن استلام المأجور، وهو أنه في بعض الحالات قد يتطلب بيع المأجور المنقول اتخاذ بعض الإجراءات لدى الجهات الإدارية المعنية وأداء رسوم مقررة على البيع[5]، فمن الذي يقع على عاتقه اتخاذ تلك الإجراءات ودفع تلك الرسوم، هل هي شركة التأجير التمويلي أم المستأجر؟

يرى البعض أن المستأجر هو من يلتزم بدفع الرسوم والضرائب المترتبة عن المال المؤجر[6].

---

(1) محاسنة، نسرين سلامة، المرجع السابق، ص150.

(2) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص170.

(3) شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص254 و255.

(4) محاسنة، نسرين سلامة، المرجع السابق، ص149.

(5) Calais , Jean Auloy, op. cit, page 7 paragraphe 101.

(6) Hideur, Nacer op.cit, page 3.

وقد أجابت الفقرة (هـ) من المادة (14) من قانون التأجير التمويلي الأردني صراحة على السؤال السابق بأن الطرف الذي يختار المأجور هو من يتحمل جميع النفقات المترتبة على ذلك إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك[1]، وبما أن العادة قد جرت في عقود التأجير التمويلي – كما سبقت الإشارة إليه – على إعطاء المستأجر حق اختيار مواصفات العين المؤجرة، فإن المستأجر هو – في الغالب – من يقع عليه اتخاذ أي إجراءات إدارية أو دفع أية رسوم مقررة على شراء المأجور.

فلو فرضنا مثلا أن عقد التأجير التمويلي ورد على إحدى السيارات وتم الاتفاق على إعطاء المستأجر حق اختيار السيارة التي تلائمه، فحينئذ يقع على المستأجر – دون غيره – التقدم بطلب تسجيل السيارة، ودفع رسوم التسجيل والترخيص المقررة لدى دائرة السير على أن يتم التسجيل ويصدر الترخيص باسم المؤجر مبينا فيه أن هذه الأموال في حيازة المستأجر بموجب عقد التأجير التمويلي[2]. وهذا ما نصت عليه الفقرة (هـ) من المادة (14) من قانون التأجير التمويلي الأردني إذ جاء فيها ما يلي:

«هـ. يتحمل الطرف الذي يختار المأجور في عقد التأجير مخاطر عدم ملاءمة المأجور لغايات استخدامه المنصوص عليها في عقد التأجير، كما يتحمل ذلك الطرف جميع النفقات المترتبة على ذلك ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك».

ومن ثم فإن المستأجر هو من يتحمل الحصول على رخصة بناء العقار، وفي مادة السيارات، يتحمل المستأجر الالتزام بالقيام بكل الإجراءات الضرورية لدى الإدارة المختصة، بالإضافة إلى أنه يتحمل في هذه الإجراءات الإدارية كل المصاريف والضرائب[3]. ولا يخلو تحمل المستأجر هذه التكاليف وتلك الإجراءات من فائدة بالنسبة له، ذلك أن مثل هذا التصرف يتيح له الانتفاع الهادئ بالأصل، ويوفر عليه إزعاج وتشويش الإدارة في حالة دخول المؤجر في مشاكل معها إذا لم تتخذ هذه الإجراءات.

---

(1) طبقا للمادة (14) من قانون التأجير التمويلي الأردني.
(2) الهلسة، عماد أديب، المرجع السابق، ص111.
(3) فخري، رياض، المرجع السابق، ص101 و102.

وفي المقابل، اتخذ المشرع الجزائري موقفاً مختلفاً عن نظيره الأردني فيما يخص هذه المسألة، إذ جعل المؤجر هو من يتحمل اتخاذ الإجراءات اللازمة ودفع الرسوم الضرورية المترتبة عن بيع العين من المورد إلى المؤجر، على أن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على غير ذلك. وهذا ما نصت الفقرة الثالثة من المادة (38) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري إذ جاء فيها:

«يعتبر المؤجر ملزما بالقيام بالالتزامات الملقاة على عاتق صاحب الملكية والمنصوص عليها في القانون المدني... ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك... لاسيما الالتزامات الآتية:

...الالتزام بدفع الرسوم والضرائب والتكاليف الأخرى من هذا القبيل، والتي تترتب على الأصل المؤجر...».

ويبدو أن إلزام المؤجر بدفع نفقات التسليم أقرب للمنطق وأكثر تحقيقا للعدالة، ذلك أن المشتري في عقد التوريد هو المؤجر، وهو من يتملك الأصل لا المستأجر، وبالتالي يتعين عليه تحمل نفقات تنفيذ عقد التوريد، لأنها تدخل ضمن التزامه بالتمويل. وعلاوة على ذلك، واضح للعيان أن كل الإجراءات الإدارية المطلوبة أثناء سير عملية التأجير التمويلي ترمي إلى ضمان حقوق ومصالح المؤجر لا المستأجر.

وفي كل الأحوال، تجدر ملاحظة أن بعض الإجراءات الإدارية قد تقترن بجزاءات جنائية في حالة عدم تنفيذها. وفي مثل هذه الأوضاع، لا يستطيع المؤجر التمويلي تحويل هذه الجزاءات إلى المستأجر التمويلي حتى بالاتفاق، لأن الجزاء الجنائي – طبقاً لمبدأ شخصية العقوبة – لا يمكن أن يتحمله إلا الشخص الواقع عليه[1].

---

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص102. ومبدأ شخصية العقوبة مكرس في نص المادة (582) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الذي يقابل نص المادة (336/ 1) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

المطلب الثاني: الالتزام بدفع الأجرة ومقابل التملك

يلتزم المستأجر في عقد التأجير التمويلي بدفع مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة على شكل أجرة دورية، كما يتعين عليه – إن رغب في إعمال خيار الشراء عند نهاية العقد – أداء مقابل التملك في صورة مبلغ من المال. وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: دفع الأجرة

لاشك أن الالتزام الجوهري الملقى على عاتق المستأجر هو أداء الأجرة بالمقدار والتاريخ المتفق عليه، إلا أن الواقع العملي يشهد أن دفع الأجرة مجال خصب لنشوء النزاعات بين المؤجر والمستأجر، ويتم إثبات الدفع بسندات الدفع الموقعة من المؤجر التي يجب أن يحرص المستأجر على الحصول عليها بعد كل عملية دفع، ذلك أنه يكفي إثبات الوفاء بقسط معين للدلالة قانونا على الوفاء بالأقساط السابقة عليه (طبقا للمادة 499 من القانون المدني الجزائري)[1].

ويقصد بالأجرة المال الذي يلتزم المستأجر بدفعه إلى المؤجر مقابل انتفاعه بالمأجور، سواء أكان عينا أو منفعة أو دينا، وتشترط القواعد العامة في الأجرة أن تكون مالاً مشروعاً وحقيقياً ومعلوماً[2]. كما تعرف الأجرة على أنها مبلغ من المال يتعهد المستأجر بدفعه بصفة دورية مقابل حق استعمال المال المؤجر، وتهدف الأجرة إلى تغطية رأس المال أي إلى استرجاع رأس المال المستثمر، كما تتضمن هامشا يطابق الأرباح أو الفوائد المكافئة للمخاطر المترتبة عن التمويل، إضافة إلى المصاريف التي يمكن أن تنجم لدى المؤجر من جراء إبرام عقد الاعتماد الإيجاري (كمصاريف التوثيق والشهر...)، والفرق بين الأجرة والقرض أن الأولى لا تتحول إلى دين إلا بعد حلول تاريخ استحقاقها[3].

---

(1) Hideur, Nacer op.cit, page 3.

(2) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص192.

(3) فيلالي، بومدين، إشكالية تمويل المشروعات الاقتصادية في الوطن العربي، بحث منشور في مجلة الفكر السياسي، سوريا،المؤسسة العربية السورية لتوزيع المطبوعات، العدد العشرون، 2004، ص178.

وجدير بالذكر أن قيمة أقساط الأجرة في عقد التأجير التمويلي تتميز بارتفاعها مقارنة مع الأقساط التي يدفعها المستأجر في عقد الإيجار العادي، ذلك أن تحديدها يأخذ في عين الاعتبار استرداد كامل ثمن الأصل، مضافاً إليه معدل الأرباح والمصاريف الإدارية التي يتحملها المؤجر[1].

هذا ويملك طرفا عقد التأجير التمويلي الحرية لتحديد مقدار الأجرة والمبلغ الذي يتعين على المستأجر دفعه في حالة إعماله خيار الشراء[2]، ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة إلى المؤجر في المدد المتفق عليها طيلة مدة العقد (التي تعادل غالبا العمر الاقتصادي للعين المؤجرة)، وعادة ما تتضمن عقود التأجير التمويلي شرطا جزائيا مفاده التزام المستأجر بدفع مبلغ مالي محدد في حالة فسخ العقد لتخلفه عن أداء أحد الأقساط. أما في حالة نهاية عقد التأجير التمويلي وأراد المستأجر ممارسة حقه في تملك العين المؤجرة، فيتعين عليه دفع الثمن المتبقي الذي يكون عادة مخفضا ويدخل في حسابه الأقساط التي أداها المستأجر طيلة مدة عقد التأجير التمويلي[3].

ويقرر المشرع التزام المستأجر بدفع الأجرة بنصوص صريحة، إذ تنص الفقرة الثالثة من المادة (10) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على ما يلي: «...يضمن للمؤجر قبض مبلغ معيّن من الإيجار...»، كما أضاف المشرع في المادة 32 من نفس القانون: «يجب على المستأجر أن يدفع للمؤجر مقابل حق الانتفاع بالأصل المؤجر، وفي التواريخ المتفق عليها، المبالغ المحددة كإيجارات في عقد الاعتماد الإيجاري».

كما نصت الفقرة (ب/2) من قانون التأجير التمويلي الأردني على مايلي: «...يلتزم المستأجر بما يلي:...2. أداء دفعات بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها في عقد الإيجار».

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص194.

(2) Hideur, Nacer op.cit, page 2.

(3) Bonneau, Thierry op cit, page 403,404.

ويعتبر هذا الالتزام، أساسيا نظير انتفاع المستأجر بالأموال المؤجرة[1]، وهو التزام تفرضه أيضا القواعد العامّة لعقد الإيجار[2].

ورغم أنه، لا يوجد اختلاف بين أحكام نصوص قوانين التأجير التمويلي المذكورة آنفا وأحكام القواعد العامة في القانون، إلا أنّ ذكر هذا الالتزام بنص خاص في هذه القوانين كان ضروريا لارتباطه بنصوص مواد قوانين التأجير التمويلي[3] المتعلقة باسترجاع الأصل المؤجر من طرف المؤجر في حالة عدم قيام المستأجر بسداد الأجرة المتفق عليها[4].

كما تكرس الممارسة النص صراحة في عقود التأجير التمويلي على التزام المستأجر بأداء الأجرة، وكنموذج عن ذلك تتم الإشارة في هذا المقام إلى البند (6/ 2) من الشروط الخاصة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية، وهذا نص البند: «يلتزم المستأجر بدفع أقساط التأجير الشهرية بمواعيد استحقاقها حتى ولو لم ينتفع بالمأجور، وتدفع في اليوم الأول من كل شهر...».

بقي علينا أن نناقش المسائل الهامة ذات الصلة بالتزام المستأجر بدفع الأجرة وهي: قيمة الأجرة في عقد التأجير التمويلي أولاً، وضمانات الوفاء بها ثانياً، وجزاء الإخلال في أدائها ثالثاً:

---

(1) للمؤجر حق حبس الشيء المؤجر لعدم سداد الأجرة ولعدم تنفيذ الالتزامات ويخضع في ذلك للقواعد العامة، انظر:

Cass, civ, cass 1er ch., 30 juin 1992, R des huissiers et de justice, op, cit, n° 93-349.

قرار ذكرته: البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص345.

(2) أنظر المادة (1244 و1728/ 2) من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة (498) من القانون المدني الجزائري والمادة (663) وما بعدها من القانون المدني الأردني.

(3) مثل نص المادة (20) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري، ونص المادة (19) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

(4) قرمان، عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص118.

أ. تحديد الأجرة في عقد التأجير التمويلي

اتفقت القوانين محل المقارنة في البحث على إعطاء الطرفين حرية الاتفاق على الأجرة من حيث مقدارها ومواعيد ومكان تسديدها[1]، كما لم يحدد المشرع – في القانون المقارن – حداً أعلى لمبلغ الأجرة، مقدراً المخاطر التي تتحملها شركات التأجير التمويلي (استرجاع المال المؤجر في وضعية لا تسمح بتأجيره ثانية مثلا...)[2].

وتلعب عدّة عوامل دورا في تحديد مقدار الأجرة وكيفية دفعها، وترتبط هذه العوامل بفكرة التأجير التمويلي، إذ أنه ائتمان شامل لتغطية قيمة البرنامج الاستثماري بصفة كلية[3]، إذ يدخل في تقدير بدل الإيجار ثمن شراء الأصل المؤجر، ومدة العقد، والعوائد التي يتوقع تحقيقها من استغلال الأصل المؤجر، بالإضافة إلى نسبة معينة تقابل استهلاك الأموال المأجورة، وتكاليف إبرام العقد، ونسبة معينة من الأرباح التي ترغب المؤسسات المالية المؤجرة في الحصول عليها عن طريق تمويل المشاريع (هامش الربح)، وعند الاقتضاء سعر صرف عملة الدفع عند تسديد كل قسط[4]، والمصاريف الإدارية وما سواها. وتحتفظ المؤسسة المالية -عادة- بحقها في تعديل الأجرة، إذا تغيّرت أسعار الآلات والتجهيزات، في الفترة الواقعة بين توقيع عقد التأجير التمويلي وتسليم الأشياء محل العقد للمستأجر[5].

وعن عوامل تحديد الأجرة، ورد في نص المادة (14) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري ما يلي: «ما عدا وجود اتفاق مخالف بين الأطراف، ومهما كانت

(1) أنظر المادة (498) من القانون المدني الجزائري والمادتين (32 و39) من قانون الاعتماد الإيجاري، ولمزيد من التفصيل بشأن قواعد تحديد الأجرة في عقد الاعتماد الإيجاري انظر: هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص378 وما بعدها.

(2) Galais , Jean Auloy, op cit, page 6 paragraphe 88.

(3) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص193.

(4) مثلما نصت عليه المادة (17) من عقد الاعتماد الإيجاري لأصول غير منقولة لبنك البركة الجزائري.

(5) رضوان، فايز نعيم، عقد التأجير التمويلي، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، 1997، ص207.

مدة الفترة غير القابلة للإلغاء الواردة في المادة 12 من هذا الأمر، يتضمن مبلغ الإيجارات الذي يجب أن يدفعه المستأجر للمؤجر ما يأتي:

- سعر شراء الأصل مقسما إلى مستحقات متساوية المبلغ تضاف إليها القيمة المتبقية التي يجب دفعها عند مزاولة حق الخيار بالشراء.
- أعباء استغلال المؤجر المتصلة بالأصل موضوع العقد.
- هامش يطابق الأرباح أو الفوائد المكافئة للمخاطر المترتبة على القرض والمواد الثابتة المخصصة لاحتياجات عملية الاعتماد الإيجاري».

ويستحق المؤجر القيمة الإيجارية المتفق عليها في عقد التأجير التمويلي كاملة ولو لم ينتفع المستأجر بالأصل محل العقد، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك، بشرط ألا يكون عدم الانتفاع بسبب راجع إلى المؤجر[1]، ذلك أنّ المؤجر بتسليمه الأصل محل العقد للمستأجر، يكون قد نفّذ التزامه واستحق عليه المقابل، سواء انتفع (المستأجر) بهذا المال أو لم ينتفع به[2].

أما عن زمان ومكان الوفاء بالأجرة، ففي الغالب الأعم من عقود التأجير التمويلي يكون قسط الأجرة مستحقا في بداية مدة الانتفاع المقابلة له[3]، كما جرت العادة على تضمين عقود التأجير التمويلي شرطا نموذجيا مفاده أن الأقساط تكون محمولة لا مطلوبة[4]. ومعنى ذلك أنه يتعين على المستأجر التوجه إلى شركة الاعتماد الإيجاري للوفاء بكل قسط في أول الفترة المقابلة له، لذا يعتبر مقر شركة الاعتماد

---

(1) تنص المادة (11) فقرة (02) من القانون رقم 95 لسنة 1995 المصري على ما يلي: «يجوز الاتفاق على استحقاق المؤجر للقيمة الإيجارية كاملة، ولو لم ينتفع المستأجر بالمال المؤجر ما دام لسبب لا يرجع إلى المؤجر». أما في القانونين الجزائري والأردني فلا يوجد نص ينظم هذه الحالة صراحة.

(2) البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص341. وفي نفس المعنى، انظر: قرمان، عبد الرحمن سيد، المرجع السابق، ص121.

(3) Attal, A, Le loyer de crédit bail immobilier, AJPI, 1976, page 786.

(4) Attal, A, op cit, page 787.

الإيجاري هو مكان الوفاء بالأجرة، وفي ذلك خروج واضح عن القاعدة العامة التي تقرر أن الديون تكون مطلوبة لا محمولة.

وهنا يشير الباحث إلى أن إلزام المستأجر بحمل أقساط الأجرة إل مقر شركة التأجير التمويلي يرتب مزيدا من الأعباء على عاتقه (مصاريف التنقل، ضياع الوقت والجهد خصوصا إذا كان مقر الشركة الممولة بعيدا، تحمل المسؤولية عن التأخير في الوفاء...).

صفوة القول في مقام الحديث عن الأجرة أنها تدفع على شكل أقساط، والقسط قد يقدر بالشهر أو الثلاثي أو السداسي أو السنة...، ويدفع في أغلب الأحيان مقدّما. ولا يشترط أن تكون أقساط الأجرة متساوية القيمة[1]، فقد تختلف من فترة لأخرى، فتكون صغيرة ثم تتزايد (في الحالات التي يسود فيها جو من الثقة المتبادلة بين الطرفين لمعرفتهما ببعضهما البعض أو لتعاملات سابقة بينهما مثلا...) أو كبيرة ثم تتناقص (في الأوضاع التي يكون فيها ثمن المأجور عاليا ويكون المؤجر لا يعرف المستأجر مثلا...). أما إذا اختار المستأجر تجديد العقد لمدة أخرى فتكون الأجرة -عادة- على شكل أقساط منخفضة مقارنة بما كانت عليه في مدة العقد الأولى.

ب. ضمانات الوفاء بالأجرة

نظرا للمخاطر التي قد يتعرض لها المؤجر في عقد التأجير التمويلي، كتلك الناجمة عن عدم ممارسة المستأجر لخيار الشراء أو فسخ عقد التوريد أو عقد التأجير، فقد منحه القانون بعض الضمانات كما أجاز له استخدام بعض الضمانات الاتفاقية الأخرى[2].

ولاشك أن أكبر ما يضمن وفاء المستأجر بالتزاماته هو ملكية المؤجر للعين المؤجرة طيلة مدة عقد التأجير التمويلي، فالمؤجر محمي قانونا بحق الملكية حيث يجوز

---

(1) طبقا لنص المادة 15 من قانون الاعتماد الإيجاري، وانظر في هذا المعنى:
رضوان، فايز نعيم، المرجع السابق، ص208.

(2) الصغير، حسام الدين عبد الغني، الإيجار التمويلي، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، 1994. ص33.

له استرجاع المال – باعتباره مالكه – إذا أخل المستأجر بالوفاء بأي من أقساط الأجرة[1] علاوة على مطالبته المستأجر بالفسخ والتعويض. وبالإضافة إلى ذلك، تتمتع شركة التأجير التمويلي بوصفها مالكة الأصل بمركز قانوني فريد تستطيع بمقتضاه التصدي بفعالية لأي ادعاء من جانب الغير بحق على المال المؤجر، وبصفة خاصة لطلبات التنفيذ على هذا الأصل من طرف أي من دائني المستأجر[2]. فلغايات تقاضي الأجرة، يتمتع المؤجر – طبقاً لنص المادة 22 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري – بامتياز عام على جميع الأموال المنقولة والعقارية المملوكة للمستأجر، وتأتي مرتبة هذا الامتياز مباشرة بعد أصحاب الامتيازات الخاصة (رسوم القضاء، حقوق الخزينة العامة، الأجور)، وما عدا ذلك، يتقدم المؤجر على جميع الدائنين سواء كانوا عاديين أو مرتهنين[3].

إلا أن شركات التأجير التمويلي قد لا تكتفي بالضمان الذي يتقرر لها من واقع ملكيتها للأصل المؤجر[4]. وإنما تفرض على المستأجر تقديم بعض الضمانات للوفاء بالأجرة المتفق عليها، وتتمثل هذه الضمانات في التأمينات العينية والتأمينات الشخصية[5].

وفي هذا الصدد نص قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري في مادته (17) على جواز طلب ضمانات بقوله: «يمكن أن ينص عقد الاعتماد الإيجاري باختيار من الأطراف المتعاقدة على الشروط المتعلقة بما يأتي:

- التزام المستأجر بمنح المؤجر ضمانات أو تأمينات عينية أو فردية...».

---

(1) Jauffret, Alfred op cit, p. 368.

وفي نفس المعنى، انظر:

Giovanoli, le crédit-bail (leasing) en Europe, développement et nature juridique, librairies techniques, Paris, 1980, page 38. Et:
- Hideur, Nacer op.cit, page 2.

(2) Cremieux, Israel Leasing et Crédit-bail, Dalloz, 1975 page 9.

(3) Hideur, Nacer op.cit, page 3.

(4) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني لتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص397.

(5) Hideur, Nacer op.cit, page 2.

أما المشرعان الفرنسي والأردني فلم ينصا على إمكانية تضمين عقود التأجير التمويلي أية ضمانات، وهذا لا يعني عدم إجازة تقديم تأمينات في ظل هذه القوانين، وإنما ترك المشرع الحرية للأطراف للاتفاق على ما يرونه أنسب لهم، مادام أن اشتراط ضمانات ليس مخالفا للنظام العام ولا القواعد العامة.

1. التأمينات العينية

في مجال الأصول العقارية، كثيرا ما تشترط الشركة رهن أحد الأصول العقارية المملوكة للمستأجر[1].

أما بالنسبة للاعتماد الإيجاري للمنقولات، تشترط الشركة المموّلة ارتهان المحل التجاري المملوك للمستأجر. وإذا كان المستأجر من الأشخاص المعنوية، كثيرا ما تشترط ارتهان الحصص المملوكة للمديرين في الشركة[2].

كما قد يفرض البنك المؤجر الذي يمارس التأجير التمويلي ضمن نشاطاته على المستأجر فتح حساب جاري لديه، ومثال ذلك ما نصت عليه ديباجة الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لبنك البركة الجزائري إذ جاء فيها: «...بالإشارة إلى اتفاقية الحساب الجاري الموقعة بين البنك والعميل عند فتح الحساب والتي تعتبر جزء لا يتجزأ من هذا العقد...». وأخيراً، قد يفرض العقد على المستأجر إيداع مبلغ نقدي لدى أحد البنوك يشترط عادة أن يكون مساويا لعدد محدد من أقساط الأجرة، ويخصص هذا الأخير لضمان وفاء المستأجر بالمبالغ المستحقة عليه لشركة التأجير التمويلي[3].

2. الكفالة

قد يشترط المؤجر أن يقدم المستأجر كفيلا يضمن الوفاء بالمبالغ التي تكون مستحقة له[4]. بل أكثر من ذلك، يعد تقديم المستأجر كفيلا للشركة من البيانات التي

---

(1) Attal ,A, op cit, page 786.

(2) Galais, Jean Auloy, op, cit, page 5,paragraphe 59.

(3) Cabrilac, le crédit-bail, rép. Civ, ency.Dalloz, Droit Civil, 1973. n31°.

(4) انظر المادتين 17/ 01 و28 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

يجب عليه الإدلاء بها في طلب إبرام العقد، فالكفالة – من الناحية العملية – عنصر لازم في عقد الاعتماد الإيجاري، لكنه لا يرقى إلى مرتبة الركن الرئيسي فيه[1].

ومن الشركات الممارسة للتأجير التمويلي التي تشترط تقديم كفيل نذكر شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية، حيث جرت العادة عند هذه الشركة أن تذكر اسم الكفيل مباشرة تحت اسم المستأجر في ديباجة العقد، كما ينص البند 13 من الشروط الخاصة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه هذه الشركة على ما يلي: «يقر الكفيل أنه كفيل بالتضامن والتكافل للمستأجر وتسري عليه جميع شروط هذا العقد وأحكامه وهو مسؤول مسؤولية كاملة ومطلقة عن جميع التزامات المستأجر...».

ولا تكتفي شركات التأجير التمويلي باشتراط تقديم المستأجر لكفيل، وإنما تشترط تقديم شخص محدد – تعينه هي – يقبل كفالة المستأجر (بنك معين، تاجر محدد ذو سمعة حسنة...) [2].

ولكن، ألا يشكل طلب المؤجر كفالة من المستأجر حجر عثرة في طريق الانتشار الواسع لعقود التأجير التمويلي؟

لاشك أن من أهم مميزات التأجير التمويلي هو كونه وسيلة تمويل تغطي المشروع بصفة كلية دون طلب الضمانات التقليدية (الضمان الجوهري هو ملكية المؤجر للعين المؤجرة)، لذلك قد يؤدي طلب شركات التأجير التمويلي لكفالات تضمن قيام المستأجر بالتزاماته إلى العزوف عن اللجوء إلى التأجير التمويلي كوسيلة للتمويل.

لتفادي الإشكال السابق، تدخلت الدولة الفرنسية من خلال أجهزتها المتخصصة لكفالة المشروعات التي تختار التأجير التمويلي وسيلة للتمويل، وقد أدى

---

(1) فيلالي، بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الإيجاري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص142.

(2) دويدار، محمد هاني، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، صفحة 142.

هذا التدخل إلى خلق زيادة ملموسة في لجوء المؤسسات الصغيرة والمتوسطة إلى تمويل استثماراتها عن طريق التأجير التمويلي[1].

وفي الأردن كذلك، لا تنعدم الأجهزة المتخصصة لكفالة عمليات التأجير التمويلي، إذ توجد مثلا الشركة الأردنية لضمان القروض التي يمكن أن تلعب دور المسهل لانتشار عمليات التأجير التمويلي التي لا تخفى مزاياها. وفي هذا الصدد، وقعت الشركة الأردنية لضمان القروض بتاريخ 23/ 10/ 2010 اتفاقية مع شركة الأهلي للتأجير التمويلي، حيث تقوم الشركة الأردنية لضمان القروض بموجب هذه الاتفاقية بضمان مخاطر عمليات التأجير التمويلي الممنوحة من قبل شركة الأهلي للتأجير التمويلي[2]. ولاشك أن توقيع مثل هذه الاتفاقيات يساهم في زيادة التسهيلات الممنوحة من شركات التأجير التمويلي في الأردن اعتمادا على دراسات جدوى تمويل الأصول والمشاريع.

ويستحسن الباحث توجه الدولة إلى إنشاء أجهزة تقوم بكفالة المستأجرين في عمليات التأجير التمويلي، لأن ذلك من شأنه إزاحة العراقيل التي تقف في طريق تفعيل عمليات التأجير التمويلي، إذ يؤدي ذلك إلى حصول المستأجر على التمويل من جهة، وحصول المؤجر على الكفالة من جهة أخرى، وكل ذلك دون أن تتضرر الجهة الكافلة للمستأجر باعتبارها شخصا محترفا لا يعطي توقيعه لأحد إلا بعد إجراء دراسة دقيقة حول جدوى كفالته.

3. البند الجزائي

عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري البند الجزائي بأنه: «التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدما بدل تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين

---

(1) Giovanoli, M, op. cit, 1974, page 121.

(2) مقال بعنوان «توقيع اتفاقية بين الشركة الأردنية لضمان القروض وشركة الأهلي للتأجير التمويلي»، منشور في جريدة الرأي الأردنية بتاريخ 23/ 10/ 2010، صفحة الاقتصاد. متوفر على الموقع الإلكتروني:

www.alghad.com

تاريخ زيارة الموقع: 23/ 10/ 2010.

بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض من عدم التنفيذ، أو قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير في التنفيذ»[1]. كما عرفه الأستاذ أنور سلطان بقوله: «الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه»[2]. ولا يحق للقاضي – من حيث المبدأ – أن يعدل البند الجزائي إلا إذا كان مفرطا بشكل ظاهر أو زهيدا إلى حد التفاهة أو حالة التنفيذ الجزئي للالتزامات، أما إذا كان سبب عدم تنفيذ العقد يرجع إلى كلا الطرفين فلا يجوز لأي منهما مطالبة الآخر بقيمة البند الجزائي[3].

ويستطيع المؤجر الاتفاق على شرط جزائي يجنبه أية خسارة قد تنجم عن إخلال المستأجر بأي من التزاماته العقدية[4]، بل وقد جرى العرف على أن تدرج شركات التأجير التمويلي بندا جزائيا في عقودها مع المستأجرين، تلزمهم بموجبه بدفع تعويض لها – يوازي قيمة بدلات الإيجار المتبقية – عن الأضرار التي تتكبدها جراء فسخ عقد التأجير التمويلي لإخلال المستأجر بأحد التزاماته[5].

ولم يوضع البند الجزائي في عقد التأجير التمويلي لتحقيق إثراء غير مشروع للشركة المؤجرة، بل لضمان حقوقها. ذلك أن شركات التأجير التمويلي في تعاملها،

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات، آثار الالتزام)، الجزء الثاني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ص851.

(2) سلطان، أنور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الإسكندرية، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص172.

(3) الموقع الإلكتروني:

www.raafat2.hooxs.com

تاريخ تصفح الموقع: 28/ 10/ 2010.

(4) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص12.

(5) Malaurie, Philipe et Aynes, Laurent, Cours de droit civil, Les contrats spéciaux, Civils et Commerciaux, 13 éme édition, Edition Cujas, Paris 1999, page492.

تعترضها نفقات هامة وتتعرض إلى مخاطر جدية، في الحالة التي لا تنفذ فيها العقود بصفة كاملة. من هنا تأتي أهمية البند الجزائي الذي يشكل قوة رادعة في عقد الليزنغ[1].

إلا أن الجدل قد ثار حول مدى صحة البند الجزائي في عقد التأجير التمويلي، إذ اختلفت الاجتهادات الفقهية والقضائية في هذا الصدد بين مجيز ومانع لمثل هذا البند في عقود الليزينغ، وبيان ذلك كالآتي:

الاتجاه الأول: ذهب جانب من الفقهاء – وسايرتهم في ذلك بعض أحكام القضاء – إلى بطلان البند الجزائي في عقد التأجير التمويلي، إلا أن هؤلاء اختلفوا فيما بينهم حول الأساس القانوني لهذا البطلان، فمنهم من أسسه استنادا إلى قاعدة عدم جواز الجمع بين الأصل والغرامة، ومنهم من اعتبر البند الجزائي في عقد الليزنغ تطبيقا من تطبيقات شرط الأسد في عقد الشركة، في حين استند آخرون على نظرية الإثراء بلا سبب، كما اعتبر آخرون أن البند الجزائي يكون جزاء لعدم التنفيذ الكلي للعقد فقط، وهو ما لا يتحقق في عقد التأجير التمويلي لأن المستأجر قد دفع بعض الأقساط[2].

ومن جانب القضاء، قضت محكمة النقض الفرنسية – غرفة مدنية – في قرار لها صادر بتاريخ 18/ 11/ 1998 أن البند الذي يلزم المستأجر في عقد التأجير التمويلي بدفع البدلات حتى تاريخ انتهاء العقد في حالة الفسخ، هو بند باطل[3].

تقدير الاتجاه: يظهر قصور هذا الاتجاه – في ميزان تقدير الباحث – في ضعف التأسيس القانوني الذي جاء به أصحابه: فمن قالوا برفض البند الجزائي في عقد التأجير التمويلي استنادا إلى مبدأ عدم جواز الجمع بين الأصل والغرامة يرد عليهم بأن المؤجر يطلب فسخ العقد وإعمال البند الجزائي لا تنفيذ العقد وتطبيق البند

(1) ناصيف، إلياس، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، بدون دار نشر، 1991، ص152.

(2) شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص353 و354.

(3) قرار قضائي ذكره: شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص358.

الجزائي. ولا يؤثر على ذلك استرجاع المؤجر للعين المؤجرة جراء عدم أداء المستأجر لإحدى موجباته، لأن هذا الاسترجاع ما هو إلا ممارسة لحق ملكية المؤجر لهذه العين، ولا يدفع ذلك الخسائر التي يتكبدها المؤجر بسبب إخلال المستأجر بالتزامه. أما من اعتبر البند الجزائي في عقد الليزنغ (بندا أسديا) فيرد عليه بأن شرط الأسد يطبق في عقد الشركة باعتبار أن أطرافه تجمعهم مصالح مشتركة، ولذلك منع القانون أن يشترط أحدهم اقتضاء الأرباح دون تحمله الخسائر، أما في عقد التأجير التمويلي فمصالح الطرفين متضاربة، فما يعد حقا لأحدهما يعتبر التزاما على الآخر، وبالتالي يجوز لأي طرف اشتراط ما يراه ضروريا لضمان مصالحه من دون أي إشكال، مادام أن الطرف الآخر قد قبل هذا الشرط. وفيما يخص الفريق الفقهي الذي أسس البطلان على نظرية الإثراء بلا سبب، فيجاب عليه بأن البند الجزائي يجد سببه في عقد التأجير التمويلي نفسه، ولما كان العقد شريعة المتعاقدين، فيجوز للمؤجر والمستأجر الاتفاق على تعويض الثاني للأول في حالة إخلاله بأحد التزاماته. وعلى غرار سابقيهم، جانب الصواب من قالوا أن البند الجزائي يكون – حصرا – جزاء لعدم التنفيذ الكلي للعقد، ذلك أن الإخلال الجزئي من أحد الأطراف بالتزاماته التعاقدية يضر – بدوره – بالطرف الآخر، فالحكمة من إجازة البند الجزائي هي التعويض عن الضرر الذي تسبب فيه أحد المتعاقدين بإخلاله بإحدى التزاماته، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الإخلال كلياً أو جزئياً.

الاتجاه الثاني: برز فريق فقهي آخر – حظي ببعض التطبيقات القضائية بدوره – نادى بصحة البند الجزائي في عقود التأجير التمويلي، وطالب هؤلاء[1] بتطبيق البند الجزائي باعتبار أنه يشكل الضمانة العملية والمباشرة لشركة التأجير التمويلي التي تكفل تنفيذ العقد، كما أن أحسن وسيلة مادية لضمان احترام تنفيذ المستأجر لالتزاماته اتجاه المؤجر هي توقيع عقوبة قاسية في العقد تكون كافية لدفع المستأجر للقيام بموجباته. وأكثر من ذلك، يرى بعض الفقهاء الآخرين أنه إذا خسر البند

---

(1) من أمثال: ناصيف، إلياس، البند الجزائي في القانون المقارن وفي عقد الليزنغ، المرجع السابق، ص171.

الجزائي في عقد الليزنغ صفته القسرية فإن مستقبل شركة الليزنغ سيكون مهددا بصورة بالغة[1]، ذلك أن شركة التأجير التمويلي تكون عرضة لخسائر معتبرة جراء فسخ العقد لتخلف المستأجر عن الوفاء بالأجرة (يتمثل ما يلحق شركة التأجير التمويلي من خسارة في عدم إهلاك رأسمالها المستثمر في التأجير التمويلي، بالإضافة إلى نفقاتها المالية ونفقات تخزين الأصل الذي تسترده الشركة ومصروفات بيعه أو تأجيره...)[2].

وقد أجاز المشرع الجزائري صراحة البند الجزائي في عقد الاعتماد الإيجاري. وفي هذا السياق، نصت المادة 13 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على ما يلي:

«إن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف، تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي يمكن تحديد مبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص، أو في حالة انعدام ذلك، عن طريق الجهة القضائية المختصة وفقا للأحكام القانونية المطبقة على الفسخ التعسفي للعقود...».

كما تجيز القواعد العامة في القانون الأردني للمتعاقدين الاتفاق مسبقا على قيمة الضمان في العقد الأصلي أو اتفاق لاحق (طبقا لنص المادة 364 من القانون المدني الأردني).

ومن جانب القضاء، قررت محكمة النقض الفرنسية – غرفة مدنية – بتاريخ 19/ 4/ 2000 أن البند الجزائي إذا كان كبيرا بشكل فاحش فيجب تخفيضه حتى ولو أخذ شكلا تعويضياً[3]. وهذا يعني أن المحكمة المذكورة أصبحت لا ترفض إعمال البند الجزائي في عقد الليزنغ إذا كان معقولاً (متناسباً مع الأضرار المتوقع لحاقها بالمؤجر جراء فسخ العقد بسبب عدم دفع المستأجر قسطا من الأقساط). وفي قرار آخر صادر عن نفس المحكمة – غرفة مدنية – بتاريخ 24/ 7/ 1978 أقر فيه القضاة السلطة التقديرية المطلقة لمحاكم الموضوع في تقدير الضرر الفعلي الذي يلحق بشركة التأجير

---

(1) شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص355 و356.

(2) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص521.

(3) قرار قضائي ذكره: شافي، د.نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص358.

التمويلي، وبالتالي خفض التعويض الاتفاقي متى تبين لها أنه كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة. والقيد الوحيد الذي يرد على سلطة المحكمة يتمثل في عدم جواز الحكم بتعويض يقل عن الضرر الفعلي الذي يلحق بالشركة الممولة[1].

تقدير الاتجاه: يضم الباحث صوته إلى أصوات أصحاب هذا الاتجاه لثلاثة أسباب رئيسة: فأما الأول فهو عدم وجود مانع قانوني من تطبيق البند الجزائي في مجال عقود التأجير التمويلي، ذلك أن البند الجزائي لا يرتبط بالنظام العام، وبالتالي فهو من المسائل التي يجوز أن يحددها الاتفاق. وأما الثاني فهو أن مسألة إعمال البند الجزائي في عقود التأجير التمويلي تنبع من الأهمية الاقتصادية لهذه العقود، إذ تعتبر الأخيرة صيغة مستحدثة لتمويل الاستثمارات جديرة بالحماية القانونية، ولا شك أن البند الجزائي سبيل من سبل هذه الحماية. وأما الثالث فهو أن البند الجزائي من شأنه أن يحقق العدالة بين طرفي عقد التأجير التمويلي، إذ لا يعقل حماية المستأجر -المخل بالتزامه أصلا- بحجة أنه الطرف الضعيف في العقد، وتناسي أن المؤجر قد يتعرض نتيجة إخلال المستأجر بدفع الأجرة إلى أضرار فادحة، كما أن البند الجزائي لا يضيف التزاما على عاتق المستأجر، حيث لا يطبق هذا البند إلا إذا أخل المستأجر بدفع الأجرة، وهو بهذا الإخلال يصبح غير جدير بالحماية.

صفوة القول – إذن – هي صحة البند الجزائي في عقد التأجير التمويلي، ولا إشكال في ذلك في ظل التشريع الجزائري لوجود نص قانوني صريح سبق ذكره، وفي الأردن يجوز الاتفاق على بند جزائي في العقد، وفي فرنسا طبق القضاء – مثلما سبق بيانه – البند الجزائي في عقد التأجير التمويلي استنادا إلى القواعد العامة التي تجيز هذا النوع من البنود.

كما يبدو أن التوجه العام لمحكمة التمييز الأردنية لا يرفض – من حيث المبدأ – تطبيق البند الجزائي في عقد التأجير التمويلي، إذ جاء في قرار صادر بتاريخ 28/ 12/ 2009 عن محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2353/ 2009 (هيئة خماسية) ما يلي:

---

(1) قرار قضائي ذكره: دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص558.

«1. استقر قضاء محكمة التمييز أن الأثر القانوني المترتب على عدم دفع أي قسط من الأجرة المستحقة بتاريخ الاستحقاق يوجب اعتبار جميع الأقساط الأخرى غير المستحقة حالة الأداء فوراً عملاً بالشرط الوارد بالبند السادس من عقد الإيجار موضوع الدعوى باعتبار أن الشرط المذكور لا يخالف النظام العام وغير ممنوع بالقانون...»[1]. فإذا كانت محكمة التمييز تقبل اشتراط المؤجر أن عدم دفع المستأجر لأي قسط يجعل الأقساط المستحقة وغير المستحقة حالة الأداء في عقد الإيجار العادي، فإن ذلك يوحي أن ذات المحكمة قد تقدر المخاطر التي يتحملها المؤجر التمويلي مقارنة بالمؤجر العادي فتقبل – من باب أولى – اشتراط بنود جزائية في عقود التأجير التمويلي.

وفي ختام حديثنا عن ضمانات الوفاء بالأجرة، يجدر التنويه إلى أن المشرع الجزائري[2] أصاب إذ منح للمؤجر حق امتياز عام على كل الأصول المنقولة وغير المنقولة المملوكة للمستأجر في حالة إفلاس هذا الأخير قبل الوفاء بالأجرة، ويلي هذا الامتياز مباشرة الامتيازات الخاصة (المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخزينة العامة وأجور العمال). والمشرع الأردني مدعو بدوره لتبني هذا المسلك لما فيه من تعزيز للثقة في عقود التأجير التمويلي كوسيلة للاستثمار.

ج. جزاء الإخلال بأداء الأجرة

تختلف صور إخلال المستأجر التمويلي بالوفاء بالأجرة بين امتناعه عن الوفاء بها وتأخره في أدائها:

1. حالة عدم دفع المستأجر الأجرة

يشهد الواقع أن بعض الأشخاص يلجؤون إلى التأجير التمويلي لأموال (آلات إنتاج، عقارات...) تتجاوز مستواهم المادي بكثير مستغلين عدم دفعهم لأية أقساط

(1) منشورات مركز عدالة، الإصدار السابع، 2010.

(2) في نص المادة (23) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

مسبقة، ثم يعجزون بعد ذلك عن الوفاء بالأجرة[1]، كما قد يمتنع المستأجر لمنازعته في تنفيذ عقد التأجير التمويلي أصلا بسبب ما يعوق استعماله للعين المؤجرة، أو لعجزه الطارئ عن مواجهة الأعباء الناشئة عن العقد، كذلك يمكن – من الوجهة النظرية – تصور الفرض الذي يكون فيه المستأجر سيء النية (قادر على الوفاء ويمتنع عنه)، إلا أنه يصعب تحقق هذا الفرض الأخير من الناحية العملية نظرا للآثار الوخيمة التي يعلم المستأجر أنه سيتحملها في حالة امتناعه عن الوفاء.

وفي كل الأحوال، إذا لم يدفع المستأجر الأجرة تستطيع شركة التأجير التمويلي التنفيذ بموجب الضمانات السابق بيانها، كما تستطيع الشركة طلب فسخ العقد والتعويض[2] مستندة في ذلك على بنود العقد ذاته (الشرط الفاسخ والشرط الجزائي) أو على نصوص القانون الصريحة في هذا الشأن.

وهذا ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري التي جاء فيها: «إن فسخ عقد الاعتماد الإيجاري خلال الفترة غير القابلة للإلغاء من قبل طرف من الأطراف، تمنح الطرف الآخر حق التعويض الذي تحدد مبلغه ضمن العقد في إطار بند خاص، أوفي حالة انعدام ذلك عن طريق الجهة القضائية المختصة وفقا للأحكام القانونية المطبقة على الفسخ التعسفي للعقود». كما نصت المادة 21 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على ما يلي: «يلجأ المؤجر إلى القضاء في حالة الفسخ التعسفي لعقد الاعتماد الإيجاري الصادر من المستأجر.

يفصل القاضي في دفع الإيجارات المتبقية والمستحقة وكذا التعويض المغطي للخسائر المحتملة وما فاته من كسب حسب مفهوم المادة (182) من القانون المدني».

---

(1) Galais , Jean Auloy, op cit, page 10 paragraphe 132.

(2) Hideur, Nacer op.cit, page 3.

وعلى غرار مشرعه، يظهر أن القضاء الجزائري لا يتساهل البتة مع إخلال المستأجر بالتزام دفع الأجرة حتى في مجال الإيجارت العادية، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 504811 بتاريخ 4/ 3/ 2009 «...يؤدي عدم تسديد بدل الإيجار إلى فسخ عقد الإيجار...»[1]. فإذا كانت المحكمة العليا الجزائرية تقرر الفسخ جزاء لعدم دفع المستأجر العادي الأجرة، فمن باب أولى أن تعامل هذه المحكمة عدم تسديد المستأجر التمويلي الأجرة إخلالا بالائتمان الممنوح له من المؤجر التمويلي بصرامة أكبر (الفسخ والتعويض عن الفسخ التعسفي)، خصوصا مع وجود النص القانوني المذكور أعلاه.

كما تعطي المادة 20 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري للمؤجر الحق في: «... أن يضع حدا لحق المستأجر في الانتفاع بالأصل المؤجر واسترجاعه بالتراضي أو عن طريق مجرد أمر غير قابل للاستئناف يصدر بذيل عريضة عن رئيس محكمة مكان إقامة المؤجر، وذلك في حالة عدم دفع المستأجر قسطا واحدا من الإيجار. وفي هذه الحالة، يمكن للمؤجر أن يتصرف في الأصل المسترجع عن طريق تأجير أو بيع أو رهن أو عن طريق أية وسيلة قانونية أخرى لنقل الملكية...».

كما أعطى المشرع الأردني للمؤجر حق طلب الفسخ إذا لم يدفع المستأجر الأجرة، حيث نصت الفقرة أ/ 2 من المادة 19 من قانون التأجير التمويلي الأردني على ما يلي: «مع مراعاة أحكام الفقرة (ب) من هذه المادة، يجوز فسخ عقد التأجير بقرار من المحكمة المختصة، أو بإشعار من المؤجر (إذا أجاز له العقد ذلك) في أي من الحالات التالية:....

2. عدم دفع بدلات الإيجار وفقا لما هو متفق عليه في عقد التأجير...».

وعلاوة على طلب الفسخ، تعطي المادة 22 من قانون التأجير التمويلي الأردني حقا للمؤجر في طلب إعادة المأجور إليه أمام قاضي الأمور المستعجلة.

---

(1) مجلة المحكمة العليا الجزائرية، قسم الوثائق، رويبة، الجزائر، المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، العدد01، 2010، ص194.

يظهر – إذن – أن عدم دفع المستأجر أحد أقساط الأجرة قد يكون مدعاة لفسخ عقد التأجير التمويلي، إلا أن مثل هذا الفسخ في التشريع الجزائري يرتب استرجاع الأصل المؤجر وإعمال البند الجزائي أو الحكم بتعويض مرتفع باعتبار الفسخ تم تعسفا، أما المشرع الأردني فلم يخص التعويض عن فسخ عقد التأجير التمويلي بنص خاص، ليترك بذلك المجال مفتوحا للقواعد العامة في القانون.

ويبدو أن مسلك المشرع الجزائري أكثر توفيقا في هذه النقطة، ذلك أنه في حالة الحكم بفسخ عقد التأجير التمويلي لعدم وفاء المستأجر بالأجرة فينبغي معاملة المستأجر بأكثر صرامة (من خلال إلزامه بدفع تعويض يكفي لتعويض أية خسارة تلحق المؤجر)، وهي صرامة لا يظهر أن القواعد العامة كفيلة بتحقيقها.

أما في التطبيق، فلا تذخر شركات التأجير التمويلي جهدا في الاحتياط جيدا لأي إخلال من طرف المؤجر في دفع الأجرة، حيث تنص – مثلاً – المادة (14) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لأصول غير منقولة لبنك البركة الجزائري على ما يلي: «يتم فسخ هذا العقد ويحق للبنك حينئذ استرجاع العقار والتصرف فيه إما بالبيع أو الإيجار أو غير ذلك في الحالات التالية:

- في حالة عدم دفع أي قسط من أقساط الإيجار كما هي مبينة في جدول التسديد المرفق بهذا العقد...وذلك بعد مضي خمسة عشر يوما من تاريخ استحقاق القسط...». ونفس الحكم وضعه نفس البنك في ما يخص الاعتمادات الإيجارية الواردة على منقولات (طبقا لنص المادة (09/ 3) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لأصول منقولة).

وفي الأردن، نص البند (6/ 1) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية على ما يلي: «...وإذا استحق أي قسط ولم يدفع في موعده تعتبر جميع الأقساط الأخرى مستحقة الأداء حالا دون إنذار أو إعذار إضافة إلى عمولات التأخير أو أية فوائد تترتب على ذلك، ويسقط المستأجر حقه مسبقا بطلب إعادة تقسيط أي قسط مستحق سواء لدى المؤجر أو المحاكم، ومن حق المؤجر اعتبار هذا العقد مفسوخا وهذا ينطبق على المستأجر أيضا في حال إعلان

إفلاسه أو تصفيته...». كما نص البند (20/ 1) من ذات الشروط العامة على ما يلي: "يعتبر العقد مفسوخا دون حاجة إلى إنذار أو إشعار أو اتخاذ إجراءات قضائية في أي من الحالات التالية:

- إذا لم يقم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها في مواعيدها المحددة".

2. حالة تأخر المستأجر عن الوفاء بالأجرة

أغفل كلا المشرعين الجزائري والأردني التعامل مع مسألة تأخر المستأجر التمويلي في دفع الأجرة، حيث اكتفيا بتنظيم حالة عدم الدفع فقط، وربما نظر هذان المشرعان بعين المساواة للتأخر في الدفع والامتناع عنه، وهو توجه غير مبرر -من وجهة نظر الباحث- للفرق الواضح بين خطورة التصرفين، فلا يعقل أن يكون جزاء الامتناع عن الدفع هو ذاته جزاء التأخر في أداء الأجرة. ولذلك سيتم الرجوع إلى القانون الفرنسي لمعرفة موقفه من هذه المسألة.

منذ بدء نشاط التأجير التمويلي في فرنسا مطلع الستينات من القرن الماضي، دأبت الشركات العاملة في هذا الميدان على تضمين العقود التي تبرمها مع عملائها شرطا يحدد الجزاء المترتب عن تأخر المستأجر في الوفاء بأي من أقساط الأجرة عند حلول أجله، حيث يلزم المستأجر المتأخر عن دفع الأجرة بدفع تعويض يحدد بنسبة مئوية من قيمة القسط (5%، 10%...) أو بمبلغ نقدي ثابت[1].

إلا أنه مع صدور القانون رقم 75-619 المؤرخ في 11 يوليو 1975 بفرنسا المتعلق بالمسؤولية عن التأخير في الوفاء بالتزام نقدي لم يعد اتفاق الطرفين الخاص بتحديد التعويض عن التأخير صحيحا. فبموجب المادة (4) من القانون المذكور تم تعديل المادة (1153) من القانون المدني الفرنسي حيث نصت هذه المادة على أنه لا يجوز للدائن في حالة تأخر مدينه عن الوفاء بالتزام نقدي سوى اقتضاء الفوائد التأخيرية بسعرها القانوني. وعليه، لم يعد في مقدور شركات التأجير التمويلي تحديد

---

(1) فيلالي، بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الإيجاري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص139 و140.

التعويض بموجب اتفاق على نحو مغاير للقانون، وإنما أصبح في مقدورها إدراج نص في العقد يؤكد على احتفاظها بحقها في التعويض عن التأخير في الدفع طبقا لأحكام القانون.

أما عن سعر الفائدة القانونية في فرنسا فكان يقدر حتى سنة 1989 بـ4% في المسائل المدنية و5% في المسائل التجارية، وبتاريخ 23/ 06/ 1989 تم تعديل المادة الأولى من قانون 11 يوليو 1975 المتعلق بالمسؤولية عن التأخير في الوفاء بالتزام نقدي بموجب المادة 12 من القانون رقم 89-421، وبمقتضى هذا النص الجديد أصبح تحديد سعر الفائدة القانونية في جميع المسائل يتم بموجب لائحة تتولى تحديده كل سنة (فمثلا صدرت بفرنسا اللائحة(1) رقم 90-8بتاريخ 4/ 1/ 1990 تحدد سعر الفائدة لنفس السنة بنسبة 9,36%، كما صدرت اللائحة(2) رقم 91-131 بتاريخ 1/ 2/ 1991 تحدد سعر الفائدة لعام 1991 بنسبة 10,26%...). هذا وتسري الفوائد التأخيرية من تاريخ مطالبة المدين بالوفاء طبقا لنص المادة 05 من قانون 11 يوليو 1975، وبالتالي يتعين على شركة التأجير التمويلي اتخاذ إجراء مطالبة المستأجر بدفع الأجرة لبدء سريان الفائدة القانونية عن أي تأخير منه في ذلك(3).

ومن جانب التطبيق، تشترط شركات التأجير التمويلي جزاءات قاسية في حالة أي إخلال بالتزام دفع الأجرة من قبل المؤجر، فقد ورد – مثلاً – في نص الفقرة الثانية من المادة (04) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة لبنك البركة الجزائري ما يلي: «... هذا وفي حالة تأخر المستأجر عن سداد أي قسط من الأقساط في موعده تحل باقي الأقساط وتصبح جميعا واجبة الأداء».

أما شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية فقد سارت على خطى المشرع الفرنسي بخصوص مسألة تأخر المستأجر في دفع أحد الأقساط إذ نص البند (10) من

---

(1) منشورة في الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 5/ 1/ 1990.

(2) منشورة في الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 3/ 2/ 1991.

(3) فيلالي، بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية في عقد التأجير التمويلي، المرجع السابق، ص141.

الشروط الخاصة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه هذه الشركة على ما يلي: «يلتزم المستأجر بدفع عمولات التأخير في الدفع بواقع 15% سنوياً دون الإخلال بحق المؤجر باتخاذ الإجراءات اللازمة بشأن التأخير في الدفع».

ثانياً: دفع مقابل تملك الأموال المؤجرة

سبق لنا التوصل إلى أن المؤجر ملزم بنقل ملكية العين المؤجرة في نهاية عقد التأجير التمويلي إلى المستأجر بناء على رغبة الأخير[1]، إلا أن هذا التملك يكون مقابل دفع المستأجر ثمنا يحدده الاتفاق، ومعنى ذلك أنه يتعين على المستأجر أداء مقابل التملك إذا أعمل خيار الشراء، فلا يجوز الاتفاق على أن يتم نقل ملكية الأموال المؤجرة إلى المستأجر دون مقابل[2].

وتبرز خصوصية عقد التأجير التمويلي في هذه النقطة من خلال كيفية تحديد هذا المقابل، إذ يأخذ الطرفان في الاعتبار ما تم الوفاء به من أقساط الأجرة عند تعيين ثمن التملك[3]، ويرى الدكتور هاني محمد دويدار أن تحديد مقابل التملك مع أخذ أقساط الأجرة في عين الاعتبار يعني تحديد مقابل التملك على ضوء القيمة المحاسبية المتبقية للمال المؤجر[4]، وتكون هذه القيمة بالضرورة أقل من القيمة السوقية للمال المؤجر وقت التملك (لأن مالا مستعملا ذا قيمة سوقية معينة قد تكون قيمته المحاسبية تساوي أو تقترب من الصفر، لأن القيمة المحاسبية للمال يطرح منها دوريا معدل استهلاك هذا المال).

ويضاف إلى ذلك أن المستأجر لن تكون له مصلحة في تملك المال عند نهاية الإيجار إلا إذا كان مقابل التملك يقل كثيرا من قيمة المال السوقية وقت التملك، وإلا

(1) انظر: ص43 وما بعدها من هذا المؤلف.
(2) دويدار، هاني محمد، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص28.
(3) قاسم، سيد علي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 1992، ص70.
(4) دويدار، هاني محمد، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص29.

لا يقدم المستأجر على شراء مال تم استعماله مدة ليست بالقصيرة ويوفي قيمته مرتين: مرة من خلال أقساط الأجرة ومرة أخرى عند التملك[1].

و من جانب التشريع، نصت الفقرة الثانية من المادة 16 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على التزام المستأجر بدفع مقابل التملك المتفق عليه إن هو رغب في شراء العين المؤجرة في نهاية العقد، وهذا نص المادة: «يمكن للمستأجر عند انقضاء فترة الإيجار غير القابلة للإلغاء وبتقدير منه فقط:

- إما أن يشتري الأصل المؤجر مقابل دفع قيمته المتبقية كما تحديدها في العقد...».

كما أوجب المشرع الأردني – بدوره – على المستأجر دفع مقابل التملك إن هو أعمل خيار الشراء، حيث تنص المادة (06/ ب) من قانون التأجير التمويلي الأردني على ما يلي: «...ب. يجوز للمستأجر تملك المأجور مقابل تسديد كامل ما تبقى من بدل الإيجار قبل انتهاء مدة عقد التأجير، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك».

وفيما يخص الجانب العملي، نصت الفقرة الأولى من المادة (09) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس الجزائر Natixis Algérie) على التزام المستأجر بدفع مقابل التملك كالآتي: «...يلتزم المستأجر بإعلام الشركة ثلاثة أشهر على الأقل قبل نهاية العقد برغبته في شراء العين المؤجرة، وفي حالة ممارسته خيار الشراء يلتزم بدفع الثمن المتفق عليه في العقد مضافا إليه كل الرسوم السارية المفعول يوم البيع والرسم على القيمة المضافة...». وبنص مشابه، يلزم البند (3) من الشروط الخاصة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية المستأجر بدفع مقابل التملك إن هو رغب في شراء الأصل المؤجر في نهاية العقد كما يلي: «... يلتزم المستأجر ويتعهد بدفع جميع المصاريف والرسوم أو أية مبالغ تستحق لغايات شراء المأجور...».

---

(1) دويدار، هاني محمد التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص28 و29.

المطلب الثالث: الالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة

يتمتع المستأجر التمويلي مثل أي مستأجر عادي بحق استعمال المال المأجور، إلا أنه يلتزم – في مقابل ذلك – باستعماله فيما يتوافق مع طبيعته والغرض الذي أعد من أجله، ولذلك لا يجوز للمستأجر التمويلي إدخال تعديلات على العين المؤجرة دون إذن المؤجر التمويلي[1]، ويشترط أن يكون هذا الإذن صريحا في كل الأحوال ومكتوبا في التأجيرات التمويلية العقارية، خصوصا إذا كانت التعديلات جوهرية من شأنها تغيير طبيعة المأجور[2].

فالمستأجر ملزم طبقا للقواعد العامة بحفظ المأجور، ذلك أن المأجور أمانة في يده. فهو يضمن ما يلحق به من نقص، أو تلف، أو عيب ناشئ عن تقصيره أو تعديه، وعليه أن يحافظ على المأجور محافظة الشخص العادي[3].

كما لا يجوز للمستأجر بيع أو إيجار أورهن المال المأجور (هذا المنع مرتبط في القانون الفرنسي بعقوبة جزائية طبقا لنص المادة (408) من القانون الجنائي الفرنسي وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 12\11\1979)[4].

هذا وقد نصت المادة 35 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على هذا الالتزام كما يلي: «يلتزم المستأجر خلال مدة الانتفاع بالأصل المؤجر باستعمال هذا الأصل حسب الاستعمال المتفق عليه، وأن يحافظ عليه مثلما يفعله رب الأسرة الحريص».

---

(1) Galais , Jean Auloy, op cit, page 6 paragraphe 83.

وفي نفس معنى ذلك، انظر:

Hideur, Nacer op.cit, page 3

(2) Vos questions sur le droit, op cit , 345.

وفي نفس معنى ذلك، انظر:

Hideur, Nacer op.cit, page 3

(3) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص197.

وفي نفس المعنى، انظر:

خلفوني، مجيد، الإيجار المدني في القانون الجزائري، القبة، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008.

(4) Galais , Jean Auloy, op cit, page 6 paragraphe 87.

كما قرر المشرع الأردني الالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة على عاتق المستأجر في نص الفقرة (ب/ 4) من قانون التأجير التمويلي كالآتي: «...ب. يلتزم المستأجر بما يلي:... 4. المحافظة على المأجور بالحالة التي تسلمها بها، ومع مراعاة ما قد يطرأ على المأجور من تغييرات نتيجة الاستعمال المعتاد وأي تغييرات أخرى يتفق عليها الطرفان...».

ومن جانب القضاء، جاء في قرار صادر تاريخ 25/ 3/ 2007 عن محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 3568/ 2006 (هيئة خماسية) ما يلي:

«1. إذا اتفق الطرفان على أن كل تغيير في المأجور يعتبر مخلاً بالالتزام ما لم يكن المستأجر قد حصل على إذن خطي من المؤجر في إجرائه. وحيث أن العقد شريعة المتعاقدين وأن مراعاة ما يرد به من شروط هي من حقوق الطرفين ما لم تكن ممنوعة بقانون أو مخالفة للنظام العام. وحيث أن الشرط الوارد في عقد الإيجار المشار إليه لا يخالف القانون أو النظام العام فإن عدم التقيد بمضمونه وقيام المدعى عليه بإحداث تغييرات في المأجور خلافاً لشروط العقد وبدون موافقة المؤجر الخطية موجب للتخلية دون حاجة لإثبات حصول ضرر نتيجة هذه التغييرات...» [1].

وفي نفس الاتجاه، قررت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها رقم (116189) الصادر بتاريخ 24/ 01/ 1995 ما يلي:

«...إذا قام المستأجر بتغييرات على العين المؤجرة فإنه يمكن للمؤجر إما أن يطلب إصلاح ما وقع إفساده أو تغييره، وإما التعويض، وإما الطلبان مع بعض، وإما أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إذا كانت التغييرات التي قام بها المستأجر على العين المؤجرة مستحيلة الإصلاح طبقا للمادة 495 من القانون المدني...»[2].

---

(1) منشورات مركز عدالة، الإصدار السابع، 2010.

(2) مجلة المحكمة العليا الجزائرية، قسم الوثائق، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، عدد خاص باجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بإيجار السكنات والمحلات المهنية، 1997، ص97.

وفي ذات السياق، نصت الفقرة الأولى من المادة (08) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لأصول منقولة لبنك البركة الجزائري على ما يلي: «خلال كل مدة هذا العقد، يلتزم العميل بالمحافظة وصيانة الأصول المنقولة طبقا لأحكام القوانين والأعراف والتنظيمات المعمول بها حاليا ومستقبلا وفقا للمتطلبات المهنية والاحترافية...»، كما ينص البند (18/ 1) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية على ما يلي: «...يحظر على المستأجر القيام بما يلي:

- إحداث أي تغييرات أو إضافات على المأجور دون الحصول على الموافقة المسبقة من المؤجر...».

ولا بأس من التذكير في هذا المقام أن المستأجر المخل بالتزام المحافظة على الأصل المؤجر إضرارا بالمؤجر يمكن أن يكون عرضة لعقوبة جريمة خيانة الأمانة طبقا القوانين الجزائية المعمول بها[1].

توصلنا إلى حد الآن إلى التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة. إلا أن هذا الالتزام يشمل التزامات متفرعة عنه وهي: استعمال العين المؤجرة استعمالا عاديا، وتعهدها بالصيانة، وكذا التأمين عليها.

أولاً: الالتزام باستعمال الأموال المؤجرة ضمن الغرض المخصص لها

يرتبط هذا الالتزام بحسن استخدام المأجور وعدم إساءة استعماله، حيث يؤثر ذلك على حالة المأجور عند نهاية العقد، إذ يصبح غير صالح للاستعمال فلا المستأجر يرغب في شرائه ولا شركة التأجير التمويلي تستطيع بيعه أو إعادة تأجيره[2].

---

(1) البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص226. وفي نفس المعنى، انظر: أبو حصوة، زياد، المرجع السابق، ص171.

(2) محاسنة، نسرين سلامة، المرجع السابق، ص158. وانظر في نفس المعنى: Hideur, Nacer op.cit, page 3.

ويتم – عادة – تحديد الغرض من استعمال المأجور بموجب بنود صريحة في عقد التأجير التمويلي، وفي غياب الاتفاق يحدد الغرض من تأجير عين ما تمويليا استنادا إلى عرف مهنة المستأجر أو طبيعة المأجور نفسه[1].

ولا يختلف التزام المستأجر باستعمال الأموال المؤجرة في عقد التأجير التمويلي عنه في عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة (491) من القانون المدني الجزائري والتي تقابل المادة (693) من القانون المدني الأردني[2]، من حيث بذل المستأجر في كلا العقدين عناية الرجل المعتاد في استعمال المال المؤجر[3]. غير أن الباحث يشير إلى أن عقد التأجير التمويلي عقد تجاري (أو مختلط على الأقل) يبرم عادة بين تجار، ولذلك تقاس عناية المستأجر التمويلي – إذا كان تاجراً – على تاجر عادي يفترض أن يكون على قدر من اليقظة والحرص.

فيلتزم المستأجر بالإرشادات والتعليمات المرفقة مع المأجور حول كيفية تشغيله والحد الأقصى لساعات التشغيل، ومكان وضع المأجور المنقول لضمان حسن استعماله خلال ساعات العمل، وبالطبع متى تم الاتفاق على تحديد موقع استعمال المنقول، فإنه لا يحق للمستأجر نقله من موضعه، إلا بعد إخطار شركة التأجير التمويلي بذلك. وفي مجال التأجير التمويلي العقاري، يحظر على المستأجر وضع مواد خطيرة (متفجرة أو ملتهبة) داخل العقار[4].

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص197.

(2) السنهوري، عبد الرزاق احمد، ج06، المرجع السابق، ص533.

(3) طبقا للمادة (491) من القانون المدني الجزائري والمادة (692) من القانون المدني الأردني والمادة (1728/ 01) من القانون المدني الفرنسي.

(4) الشهاوي، قدري عبد الفتاح، موسوعة التأجير التمويلي، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2002، ص86.

كما يلتزم المستأجر باستعمال المأجور استعمالا شخصيا، فلا يؤجره من الباطن ولا يتنازل عنه ولا يرهنه ولا يبيعه ولا يهبه ولا يباشر أي نوع من أنواع التصرف في شأنه[1].

وفي هذا الصدد نصت الفقرة الرابعة من المادة 39 من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على ما يلي: «يعتبر المستأجر ملزما بالقيام... لاسيما الالتزامات التالية:

- الالتزام باستعمال الأصل المؤجر حسب ما وقع عليه الاتفاق، وبطريقة مطابقة لغرضه، وذلك في حالة سكوت عقد الاعتماد الإيجاري عن الموضوع...».

وعلى غرار التشريع الجزائري، جاء في نص الفقرة (ب/ 3) من قانون التأجير التمويلي الأردني ما يلي: «ب. يلتزم المستأجر بما يلي:

... 3. استخدام المأجور وفقا لطبيعته وبالشكل المعتاد لاستخدامه، وذلك مع مراعاة أي أحكام خاصة في عقد التأجير...».

وفي ما يخص العمل، تنص الفقرة الثانية من المادة (08) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لبنك البركة الجزائري على ما يلي: «...كما يلتزم العميل خلال مدة سريان هذا العقد باستعمال الأصول المنقولة طبقا للغاية التي استأجرت من أجلها والحفاظ عليها بحرص الرجل المحترف...». وكذلك فعلت الفقرة الثانية من المادة (04) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس الجزائرNatixis Algérie) إذ جاء فيها: «...خلال كل مدة العقد، يلتزم المستأجر التمويلي باستعمال الأصل المؤجر وفقاً للقواعد المهنية المعتادة في استعماله، ويحظر على المستأجر التمويلي نقل الأصل المؤجر أو إجراء تعديلات عليه دون موافقة المؤجر التمويلي...». وعلى غرار الشركتين الجزائريتين السابقتين، تلزم شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية بموجب البند (2) من شروطها الخاصة لعقد التأجير التمويلي المستأجر باستعمال العين المؤجرة ضمن الغرض المتفق عليه، وهذا نص

---

(1) الشهاوي، قدري عبد الفتاح المرجع السابق، ص86.

البند: «قام المؤجر بتأجير المأجور الذي اختاره المستأجر على مسؤوليته الخاصة لاستعماله في الأغراض المتفق عليها في هذا العقد والمبينة أدناه...».

إذن، على المستأجر استعمال الآلات أو المعدات محل العقد، حسب التعليمات التي يصدرها إليه المنتج أو المورد عند تسليم هذه الأشياء، والتي تختلف بحسب طبيعة الأموال محل العقد. أما إذا لم توجد هذه التعليمات، فيلتزم باستعمال الأشياء استعمال الشخص الحريص[1].

وتحرص شركات التأجير التمويلي على التأكد من احترام المستأجر لهذا الالتزام، فتحتفظ لنفسها بحق التفتيش الدوري على الآلات والمعدات محل العقد، حتى تضمن عدم إدخال أي تغيير على هذه الأشياء[2]. ومثال ذلك ما نصت عليه الفقرة (5) من البند (19) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي المعدة من طرف شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية التي جاء فيها: «يتعهد المستأجر خلال سريان هذا العقد بالقيام بما يلي:...

- أن يسمح للمؤجر أو أي شخص مفوض من قبله بالدخول في أي أوقات معقولة إلى الأماكن التي يوجد بها المأجور بغرض فحص حالته، والتأكد أن المأجور يستعمل وفقا للأصول الفنية المخصص لها، وفي حالة ثبوت خلاف ذلك فإن للمؤجر الحق بفسخ العقد».

وعليه، يحق للشركة المؤجرة إعمال رقابتها في أي وقت طوال مدّة العقد، ويكون ذلك على فترات دورية تحدد في العقد. فإذا ثبت للمؤجر مخالفة المستأجر للتعليمات والإرشادات الفنية التي تلقاها بشأن الاستعمال أو الصيانة، أخطره بحتمية مراعاتها تحت طائلة مطالبته بالفسخ والتعويض.

---

(1) رضوان، فايز نعيم، المرجع السابق، ص 204.

(2) مثلا، تنص المادة (33) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على ما يلي: «يجب على المستأجر أن يسمح خلال مدّة الإيجار للمؤجر بالدخول إلى المحلات التي يوجد فيها الأصل المنقول المؤجر حتى يتسنى له ممارسة حقه في مراقبة حالة الأصل».

والجدير بالذكر في هذا المقام هو أنّ قيام المؤجر أو من يمثله بمراقبة المستأجر بالوجه السالف ذكره، لا يعد تعرضا منه للمستأجر في استعمال الأصل المؤجر، ما دام ذلك يتم بالكيفية المتفق عليها في عقد التأجير التمويلي[1].

ثانياً: التزام المستأجر بصيانة الأصل المؤجر

يقصد بالصيانة القيام بصفة دورية بمتابعة الأموال المؤجرة بما يلزمها من أعمال تتطلبها ظروف الاستعمال، وذلك بغرض الوقوف على حالتها تجنبا لحدوث أعطال أو منعا لتفاقمها إذا بدأت[2]. أما الإصلاح فيقصد به إعادة الأموال المؤجرة إلى سيرتها في العمل بعد إزالة ما بها من عطب، وقد يكون ذلك باستبدال الأجزاء التي تعطلت[3].

تقرر القواعد العامة أن المؤجر عليه أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة والإصلاح لتبقى على الحالة التي كانت عليها عند إبرام عقد الإيجار، وأن يقوم أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية. فإذا تأخر عن القيام بذلك بعد إعذاره من المستأجر، جاز لهذا الأخير أن يقوم بالصيانة المطلوبة على حساب المؤجر وفقا لشروط معينة[4].

والمؤجر لا يلتزم بكل أنواع الصيانة، لأنّ هذه الأخيرة تختلف من حيث كونها ضرورية (لجعل العين تفي بالغرض الذي استأجرها المؤجر من أجله) أو تحسينية (الصيانة التي يقصد منها تحسين العين أو التيسير على المستأجر في الانتفاع بها). ولذلك استقر الرأي[5] على ضرورة التفرقة بين الإصلاحات الضرورية والإصلاحات التأجيرية، إذ يقتصر التزام المؤجر على الأولى في حين تكون الثانية على المستأجر.

---

(1) قرمان، عبد الرحمن سيد، المرجع السابق، ص115.

(2) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص173.

(3) قرمان، عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص114.

(4) انظر المادتين (479 و480) من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة (681) من القانون المدني الأردني، والمادة (1769) وما بعدها من القانون المدني الفرنسي.

(5) رضوان، فايز نعيم، المرجع السابق، ص193.

إذن، الأصل أنّ الالتزام بصيانة وإصلاح المال المؤجر يقع على عاتق المؤجر إذا كانت هذه الإصلاحات ضرورية، أما إذا كانت ترميمات لإصلاح أعطاب بسيطة أصابت بالعين المؤجرة نتيجة استعمالها، فيقع التزام صيانتها على عاتق المستأجر(1)، ولكن، بما أنّ القواعد المنظمة لالتزامات المؤجر والمستأجر بإجراء الإصلاحات والترميمات هي من القواعد المكمّلة من جهة، وخصوصية عقد التأجير التمويلي من جهة أخرى، فقد يتفق طرفا العقد على إعفاء المؤجر من هذا الالتزام ونقله إلى المستأجر. إذ أنه يمكن نقل هذا الالتزام من المؤجر، ليصبح التزاما جديدا يضاف إلى التزامات المستأجر.

ففي ميدان عقود الاعتماد الإيجاري، كثيراً ما تقع على المستأجر التزامات كانت مفروضة أصلا على المؤجر بموجب القواعد العامة، ومن ذلك التزام المستأجر بصيانة العين المؤجرة، وإصلاح الأضرار التي تلحقها جراء الاستعمال(2). وعلاوة على ذلك، يعطي عقد الاعتماد الإيجاري حق التفتيش الدوري للعين المؤجرة خلال كل فترة العقد، لغايات التأكد من سلامتها وحسن استعمال المستأجر لها(3).

وبعبارة موجزة، إذا كان الأصل هو التزام المؤجر بصيانة المأجور وفقا للقواعد العامة، إلا أن هذه القاعدة تنقلب في عقد التأجير التمويلي، إذ أن المشرع تارة والعقد تارة أخرى يحمّلان المستأجر مسؤولية صيانة المأجور وكافة النفقات المترتبة على أعمال الصيانة والإصلاح(4). وبذلك لا يصبح من الضروري إعمال التفرقة الواردة في القانون المدني، بين الالتزام بالصيانة التأجيرية التي يتحملها المستأجر(5)، والالتزام بالصيانة الضرورية التي هي التزام أصيل من التزامات المؤجر(6).

---

(1) شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص270.

(2) Hideur, Nacer op.cit, page 3.

(3) Hideur, Nacer op.cit, page 2.

(4) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص208. وفي نفس المعنى، انظر:
Hideur, Nacer op.cit, page 3.

(5) المادة (494) من القانون المدني الجزائري.

(6) المادة (479) من القانون المدني الجزائري التي تقابل المادة (681) من القانون المدني الأردني.

فالمشرع الجزائري يفرق بين الاعتمادات الإيجارية الواردة على منقولات وتلك الواردة على عقارات، إذ أجاز في الأولى جعل الصيانة إجمالا على المستأجر بالاتفاق، إذ نصت المادة (33) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على ما يلي: «يمكن أن يضع العقد على عاتق المستأجر الالتزام بالحفاظ على الأصل المؤجر وصيانته، في حالة اعتماد إيجاري للأصول المنقولة...». أما فيما يخص الاعتماد الإيجاري للعقارات فقد سلك المشرع الجزائري مسلكا آخر، حيث عاد إلى القواعد العامة التي تلزم المؤجر بالصيانة الضرورية، والمستأجر بالصيانة التأجيرية، فقد نصت الفقرة السادسة من المادة (39) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على أن المؤجر لأصل غير منقول يقع عليه – ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك – «الالتزام بالقيام بالترميمات الإيجارية المحددة من قبل التشريع والتنظيم والقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة والعرف...».

ونظرا للطبيعة الخاصة لعقد التأجير التمويلي، يفرض المشرع الأردني على المستأجر الالتزام بالصيانة، سواء كانت ضرورية أو تأجيرية، فقد نصت الفقرة (ب) من المادة (10) من قانون التأجير التمويلي على ما يلي: «ب. يلتزم المستأجر بما يلي:...5. صيانة المأجور على نفقته الخاصة وفقاً لعقد التأجير أو أي معايير وأسس فنية لصيانة المأجور والمحافظة عليه...».

يتضح – إذن – تباين في الرؤى بين المشرعين الأردني والجزائري، إذ جعل القانون الأردني الصيانة على المستأجر ما لم يتفق على غير ذلك، في حين أجاز القانون الجزائري أن يتضمن العقد إلزام المستأجر بالصيانة في الأموال المنقولة، وأوجب على المستأجر الصيانة التأجيرية في الأموال غير المنقولة إلا إذا تضمن العقد خلاف ذلك. وعليه، فالقانون الأردني أكثر صرامة في معاملته للمستأجر بخصوص الالتزام بالصيانة، إذ أنه في الأحوال التي يغيب فيها الاتفاق تصبح الصيانة الضرورية كذلك على المستأجر، في حين لا يحمل القانون الجزائري هذا الالتزام للمستأجر إلا بناء على اتفاق. إلا أن الباحث يرى أن نتيجة هذين الاتجاهين التشريعين واحدة من الناحية التطبيقية، ذلك أن شركات التأجير التمويلي تستغل الطابع المكمّل للقواعد المقررة

لالتزامها بالصيانة، لتفرض بمقتضى بنود العقد إعفاءها من هذا الموجب وتحميله للمستأجر.

فقد جرى عرف الشركات التي تعمل في هذا المجال على نقل الالتزام بالصيانة كاملا إلى المستأجر بموجب بند صريح في العقد. وهذا عين ما نصت عليه المادتان (08 و10) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لبنك البركة الجزائري، والمادة (08) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة لنفس البنك، والفقرة الثانية من المادة (04) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري كما تمارسه شركة "ناتيكسيس الجزائر Natixis Algérie). وفي نفس السياق، ينص البند (19) من الشروط العامة لشركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية على ما يلي: «يتعهد المستأجر خلال سريان هذا العقد بالقيام بما يلي:

1. صيانة وإبقاء المأجور بحالة جيدة وقابلة للخدمة وأن يعوض أي قطعة ناقصة أو معطوبة بقطع أخرى من نفس النوعية، وفي حالة تقصيره عن القيام بذلك فإنه يحق للمؤجر وبناء على خياره أن يستعيد المأجور ويضعه في حوزته بقصد إصلاحه على نفقة المستأجر وأن يعوض أي قطعة ناقصة أو معطوبة أو مكسورة بقطعة أخرى من نفس النوعية، وأن ممارسة المؤجر لهذا الخيار لا يحول دون التزام المستأجر بتسديد أقساط التأجير بالتواريخ المحددة....

3. تأمين جميع المعدات والقطع اللازمة لإصلاح المأجور على نفقة المستأجر وفقا للمعايير التي تحددها الشركات الصانعة...».

ومن الأمثلة على عمليات الصيانة: استبدال قطع غيار المأجور المنقول، والكشف الدوري على الآلات من قبل مهندسين مختصين، وإذا كان المأجور عقارا، وجب على المستأجر إصلاح تمديدات الكهرباء والماء والتدفئة، ومعالجة أي وهن أو تصدع في البناء(1). ففي مجال التأجير التمويلي للمنقولات قد تتطلب صيانة العين المؤجرة تبديل بعض أجزائها، أو إصلاح القطع التي أصابها العطب متى كانت قابلة

---

(1) محاسنة، نسرين سلامة، المرجع السابق، ص159.

للإصلاح...، وفي ميدان التأجير التمويلي للعقارات قد تتمثل الصيانة في إصلاح ما تلف من أسلاك الكهرباء ومواسير المياه، واستبدال ما تلف من أبواب ونوافذ، وترميم الجدران المتشققة، وبناء الحيطان المتهدمة....

ويشير الباحث إلى أن شركة التأجير التمويلي تتخلص من خلال بنود العقد التي تلزم المستأجر بالصيانة سواء كانت ضرورية أو تأجيرية من التزام آخر، في الوقت ذاته الذي ينتقل التزام جديد إلى (حزمة) التزامات المستأجر. بل إن هذا الأخير يصبح بذلك هو من يضمن لشركة التأجير التمويلي بقاء الأصل المؤجر صالحا للاستعمال مهما أصابه من عطب، بعدما كان مسؤولاً – طبقا للقواعد العامة – فقط عن ما من شأنه تيسير وتحسين انتفاعه بالعين المؤجرة.

ولعّل سبب نقل الالتزام بالصيانة من المؤجر إلى المستأجر يرجع إلى خصوصية عقد التأجير التمويلي، ذلك أنه لا يرد على منفعة الشيء فقط وعودته إلى المؤجر كما هو الحال في عقد الإيجار العادي، وإنما قد يستعمل المستأجر خيار الشراء المتاح له في نهاية مدّة العقد، فتنتقل ملكية الشيء المؤجر إليه. أي أن المؤجر قد دفع ثمن معدات جديدة فأجرها تمويليا إلى المستأجر، ثم باعها له دون أن يحوزها أصلا، وفي هذه الحالة يكون من المنطقي إعفاء المؤجر من الالتزام بالصيانة[1].

و هذا ما أخذ به جانب من الفقه الفرنسي حين قال في تبرير التزام المستأجر بالصيانة أن مآل ملكية الأصل هو إمكانية انتقالها إلى المستأجر التمويلي في نهاية العقد، وبالتالي ليس ثمة ما يمنع من تحمله تبعات الملكية منذ بدء انتفاعه بالأصل[2].

وعلاوة على ذلك، يمكن إرجاع نقل الالتزام بالصيانة من لدن المؤجر إلى المستأجر إلى سببين آخرين: فأما الأول فهو تطور الأموال محل التأجير (معدات إنتاج

---

(1) مجاهد، أسامة أبو الحسن، عقد التأجير التمويلي، دون ناشر، 1999، ص109. وفي نفس المعنى، انظر:
البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص334.

(2) Bey, E.M et Gavalda, Ch, op. cit, 1981, page101.

حديثة مثلاً) قد تكون ذات مواصفات ومقاييس يجهلها المؤجر[1]. وفي المقابل، قد يكون المستأجر أكثر معرفة بها لدخولها في مجال عمله. وأما الثاني فهو عدم مشاركة المؤجر في اختيار الأموال المؤجرة واستلامها واستعمالها، بل وكثيرا ما يبيع المؤجر المال المؤجر في نهاية العقد دون أن يحوزه مطلقا. لهذه الأسباب وغيرها تعمل شركات التأجير التمويلي على نقل الالتزام بالصيانة والإصلاح إلى عاتق المستأجر.

وهنا يسجل الباحث أن شركة التأجير التمويلي تستطيع أن تثقل كاهل المستأجر بالتزام آخر هو الالتزام بالصيانة، سواء كانت ضرورية أو تأجيرية. فالواقع العملي يشهد أن شركات الليزينغ تحرص على عدم تحملها أي التزام من طبيعة فنية خاص بالأشياء المؤجرة، وذلك باشتراطها في العقد من الشروط ما تُحمّل به المستأجر القيام بكل أعمال الصيانة للأشياء المؤجرة.

وبعدما تبلورت الفكرة العامة لالتزامي المستأجر التمويلي باستعمال المأجور ضمن الغرض المتفق علية وصيانته في ذهن الباحث، اتضح له تناقض بين رفع موجب الصيانة عن المؤجر ومنحه حق معاينة الأصل المؤجر[2]، خصوصا وأن أثر ذلك هو إثقال كاهل المستأجر بالتزامات إضافية. وعليه، يقترح الباحث أن يبادر المشرعون إلى تنظيم المسألة بإحدى الطريقتين الآتيتين:

أ. تقرير التزام المؤجر في الصيانة الضرورية للعين المؤجرة بنص قانوني آمر مقابل منحه حق التفتيش الدوري لفحص الأصل المؤجر والتحقق من حيازة المستأجر له[3]. وبذلك يضمن المؤجر عدم إساءة المستأجر إساءة استعمال هذا الأصل (أما إذا لاحظ شيئا من سوء استعمال المأجور فله اتخاذ الإجراءات القانونية التي تحفظ حقوقه)، ومعنى ذلك أن أي عطب يصيب الآلة بعدئذ

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص174.
(2) طبقا لنص المادة (33) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري الذي يقابل نص المادة (12) من قانون التأجير التمويلي الأردني.
(3) مثلما فعل المشرع الأردني في الفقرة الثانية من المادة (12) من قانون التأجير التمويلي.

يمكن وصفه بالعادي نتج عن استعمال المأجور استعمالا طبيعيا، ويتحمل حينئذ المؤجر إصلاحه.

ب. عدم إعطاء المؤجر حق التفتيش الدوري للعين المؤجرة مقابل عدم إلزامه بالصيانة الضرورية لهذه العين، ذلك أن علة التفتيش هو التأكد من حسن استخدام المستأجر للعين المؤجرة، أما وقد رفع عن المؤجر كل التزام بالصيانة، فلا يضره بعد ذلك تعطل هذه العين، لأنه ليس مسؤولا عن إصلاحها ويظل يتقاضى أقساط الأجرة سواء اشتغلت العين أم لم تشتغل.

ثالثاً: الالتزام بالتأمين

طبقا للقواعد العامة، إذا هلكت الأموال المؤجرة بفعل القوة القاهرة أو سبب لا يد للمستأجر فيه، فإنها تهلك على مالكها[1]. ويترتب على ذلك فسخ العقد بقوّة القانون إذا كان الهلاك كليا، أما إذا كان الهلاك جزئيا وأصبحت العين المؤجرة لا تصلح للاستعمال الذي أعدّت له، ولم يقم المؤجر في الوقت المناسب بإعادة العين المؤجرة للحالة التي كانت عليها، يمكن للمستأجر طلب إنقاص بدل الإيجار أو فسخ العقد[2].

لكن ما يميّز عقد التأجير التمويلي عن عقد الإيجار العادي في هذه النقطة هو أن المستأجر يلتزم بالتأمين على العين المؤجرة لدى شركة تأمين موسرة ضد المخاطر العادية المتوقعة (كالحرائق والفيضانات والانفجارات وحوادث العمل...)، وفي حالة تحقق واحد من هذه المخاطر يلتزم المستأجر بإعلام المؤجر بذلك في وقت معقول[3]. ولا يقف الأمر عند اشتراط التأمين، بل غالبا ما يشترط المؤجر أن يتم التأمين بما يعادل القيمة الكاملة لاستبدال المأجور بمثله، شريطة أن لا تقل قيمة التأمين تحت أي ظرف عن مجموع الأقساط الإيجارية غير المدفوعة[4].

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص203.

(2) انظر المادة (481) من القانون المدني الجزائري وتقابل المادة (692) من القانون المدني الأردني.

(3) Chaput , Yves Que sais-je "Le bail commercial", 1 ere édition , presse universitaire de France, Paris, France,1988, page 110.

(4) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص204.

وقد فرق المشرع الجزائري فيما يخص هذا الالتزام بحسب محل عقد الاعتماد الإيجاري، إذ أجاز الاتفاق على إلزام المستأجر بالتأمين على الأصل المؤجر المنقول ضد مخاطر الإتلاف الكلي أو الجزئي (إعمالا لنص المادة (34) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري)، وفي المقابل، أوجب المشرع الجزائري التأمين ضد مخاطر الحريق فقط على المستأجر التمويلي لأصول غير منقولة، ما لم يتفق على خلاف ذلك المادة (39/ 8) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

أما المشرع الأردني فقد رأينا سابقا أنه جعل تبعة هلاك الأصل المؤجر على المستأجر، ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك «طبقا لنص المادة (14/ أ) من قانون التأجير التمويلي الأردني»، أما مسألة التأمين على العين المؤجرة فيبقى المستأجر حرا بشأنها، إلا أن مصلحته تقتضي تأمينها تفاديا لتحمله تبعة الهلاك.

وعلى مستوى التطبيق، تشترط المادة (11) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لأصول منقولة كما يمارسه بنك البركة الجزائري أن يقوم المستأجر بتأمين الأصول المنقولة ضد كافة الأخطار مع الإنابة لفائدة البنك وتجديد التأمين على نفقته الخاصة طيلة مدة الإيجار. وفي حالة عدم قيام العميل بذلك، يجوز للبنك إجراء التأمين على نفقة العميل واقتطاع أقساط التأمين من حساب العميل المفتوح لدى البنك. من جهتها، اشترطت شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية على المستأجر تأمين العين المؤجرة في موضعين من شروطها العقدية، فأما الأول فهو البند 12 من الشروط الخاصة والذي جاء فيه: «يلتزم المستأجر بالتأمين على المأجور طيلة فترة العقد، وتزويد المستأجر بصورة عن عقد التأمين»، وأما الثاني فهو البند (17/ 1) من الشروط العامة وهذا مضمونه: «يلتزم المستأجر بالتأمين على المأجور بمجرد نفاذ عقد التأجير وإبقاء هذا التأمين قائما وساري المفعول طيلة مدة العقد ضد الضياع أو الخراب أو نتيجة الحوادث أو الحريق أو السرقة وأي مخاطر أخرى تغطى عادة ببوليصة التأمين التي تبرم في مجال هذا العمل. ويجب أن يكون التأمين شاملا لكامل القيمة التعويضية للمأجور وضمن بوليصة تأمين شاملة وخالية من أي قيود وشاملة لاسم المؤجر والمستأجر، أو باسم المستأجر مع تظهيرها لمنفعة المؤجر وأن يذكر فيها أنه لن يدفع أي

مبلغ بموجبها للمستأجر إلا بعد أن تكون مصلحة المؤجر قد تم استيفاؤها، وفي حالة عدم قيام المستأجر بإجراء هذا التأمين يقوم المؤجر بالقيام به على نفقة المستأجر».

يلاحظ – إذن – أن العادة قد درجت على أن يشترط المؤجر على المستأجر في عقود التأجير التمويلي التأمين على الأصل المؤجر لمصلحته[1]. وإرسال جميع وثائق التأمين إليه، وإخطاره بكافة المسائل المتعلقة بإبرام عقد التأمين المتقدم وتنفيذه[2].

إلا أن الباحث يرى أن التأمين على الأشياء يسمح بتعويض الضرر الذي قد ينجم عن هلاكها، لذلك فإن المصلحة الأولى في التأمين على العين محل التأجير التمويلي تكون للمالك (المؤجر)، وإذ يفرض هذا الأخير على المستأجر أن يقوم بالتأمين على المأجور فإنه يأمن بذلك من مخاطر هلاك المأجور[3]. وعليه، لعل الأكثر عدالة ومنطقا أن يتحمل المؤجر (المالك) التأمين على المأجور[4]، على خلاف ما هو معمول به في عقود التأجير التمويلي من إلزام للمستأجر بذلك.

وقد تمتلك شركات التأجير التمويلي التي تختص في تأجير المنقولات أجهزتها الخاصة بالتأمين، ومثال ذلك شركة (Loca France) الفرنسية التي تعتبر أول شركة تأجير تمويلي تمتلك جهازا خاصا بالتأمين، وفي هذه الحالة لا يعد التأمين نشاطا متميزا يضاف إلى نشاط الشركة الرئيسي (المتمثل في التأجير التمويلي) وإنما هو مكمّل له[5]، حيث تصدر شركة التأجير التمويلي وثيقة التأمين التي يأتي قبولها من طرف المستأجر ملازما لإبرام عقد التأجير التمويلي، وبموجب هذه الوثيقة تصبح شركة الليزينغ المستفيد الأوحد من التأمين، بينما يتعهد المستأجر بأداء جميع أقساط التأمين، وقد

---

(1) Galais , Jean Auloy, op cit, page 6 paragraphe 86.

(2) خالد، هشام، المرجع السابق، ص274.

(3) الهلسة، عماد أديب، المرجع السابق، ص126.

(4) محاسنة، نسرين سلامة، المرجع السابق، ص164.

(5) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 417.

جرت الممارسة في مثل هذه الأحوال على تضمين أقساط التأمين ضمن الأجرة المستحقة بصفة دورية للشركة الممولة[1].

أما في حالة عدم امتلاك شركة التأجير التمويلي لجهاز تأمين خاص بها، فعادة ما يفرض العقد على المستأجر التأمين على الأصل المؤجر لصالح المؤجر لدى أية شركة تأمين شريطة أن توافق عليها المؤسسة الممولة، ويتحمل المستأجر وحده جميع أقساط التأمين[2]. ويلاحظ أن المؤجر يشترط التأمين لدى الشركات ذات السمعة الطيبة ولا يترك للمستأجر حتى الحق في اختيار الشركة التي يؤمن لديها[3].

وفي حالة عدم قيام المستأجر باكتتاب أو تجديد التأمين ضد كافة الأخطار مع الإنابة لصالح المؤجر على الأصل الإنتاجي رغم إخطاره، يمكن لهذا الأخير القيام بالاكتتاب أو تجديد التأمين على نفقة العميل الخاصة[4].

وتغطي وثيقة التأمين، الأضرار أو الخسائر التي تنجم عن حريق أو سرقة أو فيضان أو زلازل أو إعصار أو أية حوادث طارئة، كما يمكن أن تغطي وثيقة التأمين المخاطر الناجمة عن حراسة هذه الأموال أو حيازتها أو استعمالها وبالأخص المسؤولية المدنية للمالك أو الحائز أو المستعمل[5]. وفي المقابل، لا تغطي وثيقة التأمين على الأصل المؤجر بعض أسباب الخطر غير العادية (كالأضرار الناجمة عن الحروب العسكرية أو الأهلية أو تردي الأوضاع الأمنية في البلد...)[6].

---

(1) Bey, Em, De la symbiotique de leasing et crédit bail, op. cit., page 188.

(2) Bey,Em et Cavalda, op cit, page 99.

(3) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص205.

(4) وهذا ما تنص عليه المادة (11) من الشروط العامة للاعتماد الايجاري لأصول منقولة لبنك البركة الجزائري.

(5) مثلما تنص عليه المادة (08) من الشروط العامة لعقد الاعتماد الإيجاري لبنك البركة الجزائري.

(6) فيلالي، بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الإيجاري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص135.

أما عن مقدار مبلغ التعويض الذي تدفعه شركة التأمين للمؤجر في حالة هلاك المأجور كليا أو جزئياً، فتعادل قيمة جميع أقساط الأجرة التي لا زالت تشغل ذمة المستأجر بالإضافة إلى القيمة التي تم تحديدها كثمن للتملك في نهاية مدة العقد(1).

والسؤال الذي قد يثيره التأمين على الأصل المؤجر، هو أنّه في حالة حصول الهلاك الجزئي للمال محل العقد، فإنّ المستأجر ملزم وفقا لقواعد عقد التأجير التمويلي بالقيام بالإصلاح والترميم، كما أنّ شركة التأمين تعوّض المستفيد من عقد التأمين (المؤجر التمويلي)، فهل يمكن لشركة التأجير التمويلي في الحالات المماثلة الاحتفاظ بمبلغ التأمين وإلزام المستأجر بالإصلاح والصيانة في نفس الوقت؟

الواقع أنه إذا حصل ذلك، فإنّ المؤجر يكون قد أثري على حساب المستأجر دون سبب، حيث أنه يُعوّض من قبل شركة التأمين من جهة، ويقوم المستأجر بجبر الضرر لإعادة الأصل المؤجر إلى الحالة التي كانت عليها قبل الهلاك الجزئي من جهة ثانية. لذلك غالبا ما تتضمن عقود الاعتماد الإيجاري، النصّ على أن يقوم المؤجر بتسليم المستأجر مبلغ التأمين مقابل الإصلاحات التي قام بها(2)، بعد استظهار بيان الإصلاح الذي تم في حدود ما تحمله المستأجر من نفقات في سبيل ذلك.

وتأكيدا للطرح السابق، تنص المادة (11) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري على أصول منقولة لبنك البركة الجزائري على ما يلي: «...غير أنه في حالة ما إذا كانت الأضرار بسيطة الأهمية وبعد معاينة الخبير التابع للمؤمن والذي يقرّ بإمكانية إصلاح الضرر، فعلى العميل أن يعيد تهيئة الأصول المنقولة للاستعمال على نفقته الخاصة. ومن جهته، يقوم البنك بإعادة أي تعويض قبضه من المؤمن بهذا الخصوص إلى العميل بعد استظهار بيان الإصلاح الذي تم في حدود ما تحمله العميل من نفقات في هذا الشأن».

---

(1) الهلسة، عماد أديب، المرجع السابق، ص127.

(2) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص207.

أما شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية فتتعامل مع هذه المسألة بطريقة مغايرة، إذ تفضل قبض مبلغ التأمين، ومن ثم إصلاح العين المؤجرة من هذا المبلغ، ثم إرجاع ما زاد على نفقات الإصلاح للمستأجر، كل ذلك ورد في الفقرة الثالثة من البند (17) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي المعدة من قبل هذه الشركة كالآتي: «إذا تضرر المأجور خلال سريان عقد التأجير وكان من رأي شركة التأمين حسب بوليصة التأمين أن هذا الضرر يمكن إصلاحه، ففي هذه الحالة يتم إصلاح المأجور من مبلغ التعويض، وإذا زاد أي مبلغ من قيمة التعويض على نفقات الإصلاح يتم إعادة قيمة الزيادة إلى المستأجر. وفي حال عدم كفاية تعويض التأمين لإصلاح المأجور يتحمل المستأجر فرق نفقات الإصلاح من حسابه الخاص».

ويرى الباحث أن النتيجة المرجوة من نهجي كل من بنك البركة الجزائري وشركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية بخصوص هذه المسألة واحدة، وهي تحميل المستأجر مسؤولية إصلاح العطب الذي أصاب العين المؤجرة، إلا أنه يبدو أن شركة المتكاملة قد اختارت الطريق الأقرب لتحقيق هذا الهدف، وهو مسلك لا يؤيده الباحث لأنه يؤدي إلى نوع من عدم التناسق بين بنود عقد التأجير التمويلي، فلا يعقل إلزام المستأجر بالصيانة والإصلاح في بند واضطلاع المؤجر بقبض مبلغ التأمين وإصلاح المأجور المعطوب من هذا المبلغ في بند آخر. ورغم ذلك، يبدو أنه عدم تناسق لا يصل إلى درجة التناقض لأن المستأجر هو من يتحمل مصاريف الإصلاح في كل الأحوال باعتباره الملزم بدفع أقساط التأمين. إلا أن الأولى هو تنظيم هذه المسألة بالإبقاء على التزام المستأجر بإصلاح العطب الجزئي الذي أصاب العين مقابل تسلمه مبلغ التأمين من المؤجر في حدود المصاريف التي تكبدها في هذا الشأن، تماما مثل ما فعل بنك البركة الجزائري.

المطلب الرابع: تحمل المستأجر المسؤولية المدنية المترتبة عن المال المؤجر

تسعى شركات التأجير التمويلي إلى البقاء بعيدة عن كل مسؤولية يمكن أن تنشأ عن الانتفاع بالأصل المؤجر، وسبيلها إلى ذلك، التأكيد في بنود العقد على مسؤولية المستأجر عن كل ما ينشأ جراء انتفاعه بالأصل من أضرار.

فكثيرا ما تتضمن عقود التأجير التمويلي النص على نقل المسؤولية المدنية الناجمة عن العين المؤجرة واستعمالها من المؤجر إلى المستأجر، وذلك في كل ما لا يتعلق بالنظام العام(1).

وقد قرر المشرع الأردني التزام المستأجر بتحمل تبعة أي إضرار بالغير ينتج عن انتفاعه بالعين المؤجرة بنصوص صريحة، إذ ورد في الفقرتين (ج) و(د) من المادة (14) من قانون التأجير التمويلي الأردني ما يلي:

«...ج. يتحمل المستأجر مسؤلية أية أضرار قد تلحق بالغير نتيجة حيازته للمأجور أو انتفاعه به.

د. لا يكون المؤجر في جميع الأحوال مسؤولا في مواجهة الغير أو المستأجر عن الوفاة أو الإصابة الجسدية أو أي ضرر يلحق بالمتلكات لأي سبب عائد للمأجور بعد لحظة تسلمه وسواء كان ذلك أثناء عملية تركيب المأجور أو تخزينه أو صيانته أو استعماله، ما لم يكن ذلك ناشئا عن سبب عائد للمؤجر».

أما المشرعان الفرنسي والجزائري فيبدو أنهما تركا تنظيم هذه المسألة للقواعد العامة واتفاق الطرفين.

ومن جانب التطبيق، نصت الفقرة الأولى من المادة (10) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة على ما يلي: «يتحمل العميل وحد مسؤولية الأضرار الجسدية أو المادية التي يتعرض لها الغير من جراء العقار أو جزء منه...»، وبنص مماثل قررت المادة (11) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لذات البنك تحمل المستأجر تبعة أي ضرر يصيب الغير نتيجة الانتفاع بالأصل المؤجر.

وبدورها نصت الفقرة الأولى من المادة (07) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس الجزائر Natixis Algérie) على ما يلي: «...مادام أن المستأجر التمويلي حائز للأصل المؤجر فهو بصفته حارسا له مسؤول عن كل الأضرار

(1) Hideur, Nacer op.cit, page 2.

المادية والجسدية والمعنوية التي تسبب فيها الأصل المؤجر بصفة مباشرة أو غير مباشرة...».

وفي الأردن، جاء في نص البند 2/19 من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية ما يلي: «يتعهد المستأجر خلال سريان هذا العقد بالقيام بما يلي:

- التأكد أن المأجور آمن ولا يشكل أي مخاطر...».

والمسؤولية المدنية التي يمكن أن يتحملها المستأجر، تكون عن الأضرار الناجمة عن استعماله التي تصيب الغير. وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني، يمكن تصوّر المسؤولية المدنية في هذا المجال في فرضين: الأوّل إذا كان الأصل المؤجر بناء، والثاني إذا كان الأصل المؤجر أشياء منقولة تحتاج إلى عناية خاصة[1]. وتفصيل ذلك كالآتي:

أولاً: المسؤولية الناشئة عن تهدم البناء

عالج المشرع في القانون المدني، المسؤولية الناشئة عن الأضرار التي يحدثها تهدم البناء كليا أو جزئياً، إذ يضمن مالك البناء الضرر الذي يحدثه تهدم هذا البناء للغير، كانهيار البناء كله أو بعضه ولا يعفى من هذا الضمان إلا إذا أثبت عدم تعديه أو تقصيره[2].

ويشترط الفقه لتحقيق مسؤولية حارس البناء، توافر شرطين[3]:

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص210.

(2) انظر المادة (138) من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة (290) من القانون المدني الأردني.

(3) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات، آثار الالتزام)، الجزء الثاني، القاهرة، مصر، دار النشر للجامعات المصرية، (د.ت)، ص1070. وفي نفس المعنى، انظر:
سلطان، أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، (د.ت)، ص378.

أ. **الحراسة:** ويقصد بها السيطرة الفعلية على البناء، وسند الملكية قرينة على إثبات الحراسة، لكنها قابلة لإثبات العكس. والفقه لا يعتبر في الغالب المستأجر أو المستعير في حكم حارس البناء، لأنّ السيطرة الفعلية تكون للمالك(1).

ب. **وقوع الضرر نتيجة انهيار البناء:** ويقصد بالبناء، كل ما يشيّده الإنسان بالوسائل المعروفة وما يتصل بالأرض اتصال قرار، كالجسور والمخازن والعمارات والبيوت، وانهيار البناء يقصد به أي سقوط للبناء أو جزء منه. وتنعقد في هذه الحالة مسؤولية هذا الحارس، على أساس افتراض خطئه في حراسة هذا البناء، ولا تنتفي عنه هذه المسؤولية، إلا إذا أثبت أن التهدّم لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه وإنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

ويبدو أنّ عقد التأجير التمويلي قد قلب هذه القواعد العامة حيث أصبح المستأجر هو الملزم بالمسؤولية المدنية الناشئة عن الأصل المؤجر، إذا اتفق مع المؤجر على نقل عبء هذه المسؤولية إليه(2).

وعليه فإنّ المستأجر التمويلي، يسأل عن تهدم البناء إذا ثبت تعدّيه أو تقصيره، أما إذا أثبت أنه قام بواجب العناية والصيانة، عندئذ تسقط عنه المسؤولية. ومعيار العناية المطلوبة هي معيار الرجل المعتاد (مستأجر تمويلي متوسط الحرص واليقظة).

وتنتفي مسؤولية المستأجر بسبب القوة القاهرة أو بسبب خطأ المقاول أو المهندس المعماري(3).

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات، آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص1505.

(2) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص211. وكذلك نص الفقرة (ج) من المادة (14) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

(3) طبقا لنص المادة (554) من القانون المدني الجزائري وما بعدها، تقابلها المواد (788) من القانون المدني الأردني وما بعدها.

ثانياً: مسؤولية المستأجر التمويلي في حراسة الأشياء المنقولة

يقصد بالحراسة – قانوناً – السيطرة الفعلية في الرقابة على الشيء وتوجيهه، والأصل أن الأشياء تحت تصرف المالك، ويقع عليه عبء إثبات أن الحراسة قد خرجت من يده وقت وقوع الحادث لنفي مسؤوليته[1]. ويقوم أساس مسؤولية حارس الأشياء على قاعدة (الغرم بالغنم)، أي تحمل الشخص تبعة ما ينتفع به، وبالتالي كل ما يحدث عن الشيء محل الحراسة من ضرر يستوجب التعويض ولا يشترط فيه التعدي[2].

جاء في المادّة (138) من القانون المدني الجزائري ما يلي: «كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء...». وفي ذات المعنى، نصت المادة (291) من القانون المدني الأردني على ما يلي: «كل من كان تحت تصرفه أشياء تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها أو آلات ميكانيكية يكون ضامنا لما تحدثه هذه الأشياء من ضرر إلا ما لا يمكن التحرز منه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة».

يتضّح من ذلك، أنّه إذا كانت الأموال المؤجرة عبارة عن أشياء منقولة فإن حراستها تكفي لمساءلة حارسها عن أي ضرر تحدثه في ظل التشريع الجزائري، في حين اشترط المشرع الأردني أن تتطلب هذه الأشياء عناية خاصّة لإمكانية قيام مسؤولية حارسها. إلا أن الباحث – في مقام المفاضلة بين المسلكين التشريعيين – يميل كل الميل إلى موقف القانون الجزائري، لأن الضرر يمكن تصور حدوثه نتيجة استعمال أي منقول دون حاجة للتفرقة بين منقولات تحتاج إلى عناية خاصة وأخرى لا تتطلب مثل هذه العناية.

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات، آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص1086.
(2) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص214.

وإذا ما طبقنا ذلك في مجال الاعتماد الايجاري، لاشك في وجوب اعتبار المستأجر حارسا للأصل المؤجر، حيث يتقرر له استعمال الأصل. فإن كان من المقرر انتقال الحراسة إلى المستأجر في إطار عقد الإيجار التقليدي، فمن باب أولى، انتقال هذه الأخيرة إلى المستأجر التمويلي في إطار عقد الاعتماد الايجاري، وبعبارة مساوية، يكون المستأجر مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق الغير بسبب الأصل المنقول المؤجر[1].

ومع ذلك لا تأمن شركات الاعتماد الايجاري من إمكانية رجوع المضرور عليها بالمسؤولية، ويرجع السبب في ذلك إلى قرينة الحراسة التي تفترض أن مالك الشيء هو الحارس له. ولا يخفى ما لهذه القرينة من أهمية للمضرور، في حالة جهله بواقعة نقل الحراسة إلى شخص آخر، وتفاديه عبء إثبات عناصر الحراسة في حالة رجوعه بالمسؤولية على شخص غير المالك[2].

إلا أن قرينة الحراسة قرينة بسيطة يجوز للمالك إقامة الدليل على انتقالها إلى شخص آخر. وهو ما يبدو يسيرا في مجال التأجير التمويلي، نظرا لموقف الشركة السلبي من الأصل والانتفاع به، وبالتالي انتقال جميع السلطات المرتبطة بالاستعمال والتوجيه والإشراف إلى المستأجر. لكن مجرد الإشارة في العقد أن المستأجر يعد حارسا للأصل، لا يرقى إلى مصاف الدليل على انتقال الحراسة إليه. وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية إذ قضت أنّ العبرة دائما بالسلطة الفعلية والشخصية في توجيه الشيء والإشراف عليه[3].

وإزاء ذلك، تتضمن عقود الاعتماد الايجاري شرطا صريحا يعفيها من أي مسؤولية مدنية ناشئة عن تهدم البناء أو جزء منه[4]، أو عن استعمال الأصول

---

(1) طبقا للفقرة الأولى من المادة (138) من القانون المدني الجزائري.

(2) Larroum et, Responsabilité du fait des choses inanimées, Eneclopédie Dalloz Civil, VI ,N°24.

(3) Cass civ, 28 Mars 1973, IR , 111.

(4) مثال ذلك الفقرة الأولى والثانية من المادة (10) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لأصول غير منقولة لبنك البركة الجزائري.

المنقولة[1]. وتُلزم المستفيد بتأمين مسؤوليته المدنية على نفقته الخاصة، في حالة الأضرار الجسدية أو المادية التي يسببها العقار أو الأصول المنقولة أو جزء منهما لمستخدميه أو للغير.

وتقوم مسؤولية المستأجر (الحارس في هذه الحالة) على أساس الخطأ المفترض، حيث يكفي المضرور إثبات الضرر الذي أصابه من جرّاء هذه الأشياء، لتقوم مسؤولية الحارس. والقول أن هذه المسؤولية قائمة على أساس الخطأ المفترض، يعني أن المستأجر لا يستطيع إثبات العكس، أي أنه قام بواجب الحراسة[2]. وبذلك لا يستطيع دفع مسؤوليته، إلا إذا أثبت أنّ الضرر حدث بسبب أجنبي مثل عمل المضرور أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة[3].

المطلب الخامس: الالتزام بالامتناع عن القيام ببعض التصرفات المتعلقة بالعين المؤجرة

عقد الاعتماد الإيجاري من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي[4]، ذلك أن شركة الاعتماد الإيجاري لا تتعاقد مع المستأجر إلا بعد التأكد من حالته المالية وقدرته على الوفاء[5]، ويترتب على ذلك التزام المستأجر بالامتناع عن القيام بالتصرفات التي من شأنها أن تلحق ضررا بالمؤجر لتعارضها مع الاعتبار الشخصي القائم بينه وبين

---

(1) مثال ذلك الفقرة الأولى والثانية من المادة (13) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لأصول منقولة لبنك البركة الجزائري.

(2) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات، آثار الالتزام)، المرجع السابق، ص1512.

(3) انظر، المادة (138) فقرة (02) من القانون المدني الجزائري.

(4) قرمان، عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص43، وفي نفس المعنى، انظر:
رضوان، فايز نعيم، المرجع السابق، ص208، وانظر كذلك:
البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص346. وكذلك:
Bey et Cavalda, le crédit-bail immobilier, op.cit, page 44.

(5) Di Chambon, PM, et Alter, M, Initiation aux technique contractuelle récentes, op, cit, p 09

شركة التأجير التمويلي. ومن هذه التصرفات نقل ملكية الأصول المؤجرة إلى الغير أو تغيير مكانها، والتنازل عن العقد إلى مستأجر آخر، وإعارتها إلى الغير[1] وبيان ذلك كما يلي:

أولاً: امتناع المستأجر عن التصرف في الأصول المؤجرة أو تغيير مكانها

بما أنّ شركة الاعتماد الإيجاري، تظل محتفظة بملكية الأشياء المؤجرة طيلة مدّة الإيجار فإنّ المستأجر يُمنع عليه القيام بالتصرف بالأصل المؤجر (بالبيع أو الهبة...) أو ترتيب أي حق عيني على هذا الأصل (رهنه مثلا...)[2]، وترتيب المستأجر أي حق عيني على المأجور يكون باطلاً باعتباره تصرف فيما لا يملك[3].

وفي هذا الصدد، جاء في الفقرة الثانية من البند (18) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي لشركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية ما يلي: «...يحظر على المستأجر القيام بما يلي:

- بيع، تحويل، إعادة تأجير، إحداث رهن، التخلي عن الحيازة أو القيام بأي تصرف يتعلق بالمأجور، وفي حالة إخلال المستأجر بذلك يكون من حق المؤجر إزالة التصرف الواقع على المأجور على حساب المستأجر واستعادته...».

كما يلتزم المستأجر بعدم نقل الأشياء محل العقد – إذا كان الأصل المؤجر منقولاً – من مكان إلى آخر غير المكان المحدد في العقد. وما تجدر الإشارة إليه، أنّ مخالفة المستأجر لهذا الشرط لا ينجرّ عنه فسخ العقد إلا إذا نص على هذا الجزاء صراحة في العقد. ومع ذلك، يمكن للمؤجر أن يطلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمأجور جراء نقله إلى مكان آخر[4].

---

(1) رضوان، فايز نعيم، المرجع السابق، ص208 وما بعدها. وفي نفس المعنى، انظر: البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص347.
(2) رضوان، فايز نعيم، المرجع السابق، ص209.
(3) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص215.
(4) ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص330، وفي نفس المعنى، انظر: الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص215، 216، وانظر كذلك:

وفي هذا الشأن، تنص الفقرة الأولى من المادة (04) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس الجزائر Natixis Algérie) على ما يلي: «يظل الأصل المؤجر في مكان إقامة المستأجر التمويلي أو المكان المتفق عليه، ويلتزم المستأجر التمويلي بإعلام المؤجر التمويلي بأي تغيير في مكان الأصل المؤجر... ». كما تنص الفقرة السادسة من البند (19) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية على ما يلي: «يتعهد المستأجر خلال سريان هذا العقد بالقيام بما يلي:

- إبقاء المأجور في جميع الأوقات بحوزته وتحت سيطرته وعدم نقله من مكانه المتفق على وجوده فيه إلا بعد الحصول على الموافقة الخطية المسبقة للمؤجر...».

ثانياً: التنازل عن عقد التأجير التمويلي

لا يجوز للمستأجر إعارة الأصل المؤجر إلى الغير بدون عوض إلا بموافقة المؤجر، وسبب ذلك أن هذا التصرف من شأنه الإخلال بالاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد التأجير التمويلي[1].

الأصل – إذن – هو حرمان المستأجر في هذا النوع من العقود من التأجير من الباطن أو التنازل عن حق الانتفاع الشخصي بالعين المؤجرة، إلا أن شركات التأجير التمويلي قد لا تجد مانعا من ذلك، لأن الحكمة من مثل هذا الحظر تكمن في الإبقاء على التزام المستأجر الشخصي بالوفاء بالأجرة بالنظر إلى يسره المالي الذي منحت على أساسه شركة الاعتماد الإيجاري التمويل، فإن هي وجدت في شخص المستأجر من الباطن أو المتنازل له ما يضمن لها استيفاء حقوقها المالية، فليس ثمة ما يمنع قبولها التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار. لكن رغم ذلك، يقتضي الأمر قبول الشركة

رضوان، فايز نعيم، المرجع السابق، ص209.

(1) Bey, E.M et Gavalda, Ch, op cit, page 187.

وفي نفس المعنى، انظر:

أبو حصوة، زياد، المرجع السابق، ص180. وكذلك نص المادة 11 من قانون التأجير التمويلي الأردني.

الصريح حتى تحتفظ بكامل حريتها في إجازة مثل هذه التصرفات أو رفضها على ضوء ما تمليه عليها مصالحها[1].

فعلى خلاف القواعد العامة التي تجيز للمستأجر إعارة الأصل المؤجر إلى الغير دون عوض، بشرط ألا يضرّ بالمؤجر والعين المؤجرّة[2]، تمنع المادة (39/ 10) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري مثل هذه التصرفات إذ نصت على ما يلي: «يلتزم المستأجر بعدم التنازل عن حقه في الانتفاع وعدم إعادة تأجير الأصل المؤجر دون موافقة صريحة من المؤجر».

وكذلك فعل المشرع الأردني إذ أجاز المستأجر التنازل عن عقد التأجير التمويلي بشرط موافقة المؤجر على ذلك خطيا، فقد نصت المادة (11) من قانون التأجير التمويلي الأردني على ما يلي:

«أ. يحق للمستأجر إحالة حقوقه في عقد التأجير إلى مستأجر جديد يحل محله بموافقة خطية من المؤجر وفي هذه الحالة يترتب ما يلي:

1. يكون المستأجر الجديد مسؤولاً عن دفع بدل الإيجار المستحق وفقا لعقد التأجير مباشرة إلى المؤجر وذلك من تاريخ إشعاره خطيا من قبل المؤجر بموافقته على هذه الإحالة.

2. يتمتع المستأجر الجديد بجميع حقوق والتزامات المستأجر الأول ما لم يتم الاتفاق على شروط أخرى بين المؤجر والمستأجر الجديد...».

وبالرجوع إلى الواقع العملي، نجد أن المؤجرين التمويليين يسعون إلى عدم إجازة هذا التصرف، وذلك بموجب شرط صريح يدرجونه في العقد، والذي بموجبه يمنعون المستأجرين من إعارة هذه الأموال إلى الغير، سواء بعوض أو بدون عوض[3]. إذ تواتر عمل شركات التأجير التمويلي على النص صراحة في عقودها على عدم

(1) Cremieux – Israel, Leasing et crédit bail mobilier, Dalloz, Paris, France, 1975, page 45.

(2) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص216.

(3) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص216.

أحقية المستأجر في التنازل عن الإيجار إلى الغير حتى لا تجبر هذه الشركات على التعامل مع من لم تختره مستأجراً[1].

كما أن المشرع، منح المؤجر الحق في إجراء التفتيش على استمرارية حيازة المستأجر للأصل المؤجر وفحص حالته[2].

أما إذا وافق المؤجر التمويلي على تنازل المستأجر لمستأجر جديد، فتنشأ علاقة جديدة بين المؤجر والمستأجر الجديد، وفي الوقت نفسه تنتهي علاقة المؤجر بالمستأجر الأول اعتبارا من تاريخ إخطار المؤجر هذا المستأجر بموافقته على هذا التنازل[3].

ويبدو أن شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية لا ترى مانعا من تنازل المستأجر عن عقد التأجير التمويلي إلى مستأجر جديد بشرط أخذ موافقتها الخطية مسبقا، وهذا ما ورد في الفقرة الثالثة من البند (18) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي المعدة من طرف هذه الشركة كالآتي: «... كما يجوز للمستأجر التنازل عن العقد إلى مستأجر آخر بعد الحصول على موافقة المؤجر الخطية».

وفي كل الأحوال، يبقى المستأجر الأصلي ضامنا للوفاء بالتزامات المتنازل له إذا أخل بها الأخير[4]. وهذا هو عين ما نصت عليه المادة[5] (1-1) من قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي الفرنسي إذ جاء فيها: «في حالة التنازل عن الأصل المؤجر في عملية تأجير تمويلي خلال فترة العقد، يلتزم المتنازل له بنفس التزامات المتنازل، ويبقى هذا الأخير ضامنا لتنفيذ هذه الالتزامات».

---

(1) البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص365.

(2) طبقا لنص المادة (33) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري التي تقابل المادة (12/ 2) من قانون التأجير التمويلي.

(3) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص222.

(4) البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص360.

(5) عدلت هذه المادة بموجب الأمر الفرنسي رقم 2000-1223 المؤرخ في 14/ 12/ 2000 منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية رقم (04) بتاريخ 16/ 12/ 2000.

ثالثاً: الإيجار من الباطن[1]

تنص المادة (10/39) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على ما يلي: «يلتزم المستأجر بعدم التنازل عن حقه في الانتفاع وعدم إعادة تأجير الأصل المؤجر دون موافقة صريحة من المؤجر».

كما اشترط المشرع الأردني الموافقة الخطية من المؤجر لصحة تأجير المستأجر العين المؤجرة من الباطن، حيث نصت المادة (09) من قانون التأجير التمويلي على ما يلي:

«أ. للمستأجر، بموافقة خطية من المؤجر، الحق في تأجير المأجور من الباطن، ويعتبر المؤجر من الباطن والمستأجر من الباطن بمثابة مؤجر ومستأجر وفق أحكام هذا القانون ويتمتعان بحقوق أطراف عقد التأجير ويتحملان التزاماتهم.

ب. يكون عقد التأجير من الباطن باطلا إذا لم تكن هناك موافقة خطية من المؤجر.

ج. لا يترتب على تأجير المأجور من الباطن أي مساس في حقوق المستأجر والتزاماته المحددة في عقد التأجير في مواجهة المؤجر.

د. لا يجوز أن تتجاوز مدة عقد التأجير من الباطن مدة عقد التأجير الأصلي.

ه. يترتب على فسخ عقد التأجير الأصلي فسخ عقد التأجير من الباطن حكما، ما لم يتفق على خلاف ذلك، وفي هذه الحالة إذا رغب المؤجر الاستمرار بتأجير المأجور يكون للمستأجر من الباطن حق الأولوية في استئجاره وفقا للشروط والأحكام الواردة في عقد التأجير الأصلي المفسوخ وللمدة المتبقية من عقد التأجير من الباطن.

و. يترتب على بطلان عقد التأجير التمويلي الأصلي، وفقا لأحكام هذا القانون، بطلان عقد التأجير من الباطن».

(1) سماه المشرع الجزائري الإيجار الفرعي في المادة (505) وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

هذا ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية لا تتساهل مطلقا مع قيام المستأجر التمويلي بتأجير العين من الباطن، حيث قضت بالفسخ والتعويض في قضية تتلخص وقائعها كالآتي:

أجرت شركة التأجير التمويلي (Natiocrédit-bail) أرضا وعمارة مخصصة للاستعمال التجاري تأجيرا تمويليا إلى عدة أشخاص شركاء هم: شركة (SCI) المملوكة للزوجين (س) وابنتهما (إيزابيل) وشركة مساهمة (ع). واتفق هؤلاء مع شركة التأجير التمويلي على أن يدفع الزوجان (س) 60%، والآنسة (إيزابيل) 30%، والشركة (ع) 10% من قيمة الأجرة.

إلا أن الزوجان (س) قاما بتأجير العقار إلى شركة (ص) تأجيرا تمويليا من الباطن، دون علم الآنسة (إيزابيل) والشركة (ع).

وعليه، قامت شركة التأجير التمويلي (Natiocrédit-bail) بطلب فسخ عقد التأجير التمويلي الأصلي والتعويض مع احتفاظها بحق التنفيذ ضد جميع الأطراف المتعاقدة معهم. وفعلا، حكمت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 29/ 06/ 2004 بالفسخ وتعويض قدره 2288884.92 أورو، يكون مسؤولاً عن أدائه كل من الزوجين (س) والآنسة (إيزابيل) والشركة (ع) لوجود بند تضامني في عقد التأجير التمويلي الأصلي.

إلا أن الآنسة (إيزابيل) طعنت في هذا القرار أمام محكمة النقض، ومن ثم صدر القرار رقم (640) عن محكمة النقض الفرنسية – غرفة تجارية – بتاريخ 3/ 5/ 2006 كالآتي: «حيث أن الآنسة (إيزابيل) لم تخل بالتزاماتها التعاقدية، وحيث أن رصيد الزوجين (س) في البنك والعقار الذي تملكه الزوجة يكفيان لدفع التعويض المستحق، وحيث أن الآنسة (إيزابيل) طالبة وصغيرة في السن وقليلة الخبرة لم تع تصرف والديها، فإن المحكمة تنقض وتلغي قرار محكمة استئناف باريس في شقه المتعلق بقيام مسؤولية الآنسة (إيزابيل) فقط...»[1].

---

(1) قرار قضائي منشور على الموقع الإلكتروني:

www.courdecassation.fr.

ويستخلص من هذا القرار أن محكمة النقض الفرنسية أقرت الفسخ والتعويض إذا قام المستأجر بتأجير من الباطن للعين المؤجرة.

وحتى بالرجوع إلى الواقع العملي، نجد أن المؤجر التمويلي يعمل على تضمين مثل هذه الشروط التي تمنع المستأجر التمويلي من إقدامه على الإيجار من الباطن إلا إذا حصل على موافقة صريحة من المؤجر التمويلي. وفي الفرض الذي تتم فيه هذه الموافقة، يصبح للمؤجر – طبقا للقواعد العامة – حق مطالبة المستأجر من الباطن مباشرة بالأجرة. فمثلا تنص الفقرة الثانية من المادة (2/15) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لبنك البركة الجزائري على أنّه: «لا يسمح للعميل أن يتصرف في الأصول المنقولة ببيع أو رهن أو إيجار من الباطن أو غير ذلك ولا أن يقوم بتحويل العقد إلى شخص ثالث دون موافقة مكتوبة من البنك». وبنص مماثل، تمنع شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية بموجب الفقرة الثانية من البند (18) من شروطها العامة لعقد التأجير التمويلي تأجير المستأجر العين المؤجرة من الباطن كما يلي: «... يحظر على المستأجر القيام بما يلي:

- بيع، تحويل، إعادة تأجير، إحداث رهن، التخلي عن الحيازة أو القيام بأي تصرف يتعلق بالمأجور، وفي حالة إخلال المستأجر بذلك يكون من حق المؤجر إزالة التصرف الواقع على المأجور على حساب المستأجر واستعادته...».

خلاصة القول هي أنّه يمنع على المستأجر التمويلي تأجير الأصل كله أو بعضه إلى شخص آخر بعوض أو بدونه من غير موافقة صريحة من المؤجر التمويلي، ذلك أن المؤسسة المالية لا تُقبل على التعاقد مع المستأجر إلا بالنظر إلى قدراته المالية وصفة مسيري المشروع. فعلى المستأجر – إذن – مواصلة الانتفاع الشخصي بالمال المؤجر حتى نهاية فترة الإيجار[1]. وفي المقابل، يمكن تصور تفضيل المؤجر التمويلي تنازل المستأجر عن الإيجار لمستأجر جديد إذا اهتزت الحالة الاقتصادية للمستأجر الأصلي

تاريخ تصفح الموقع: 03/ 08/ 2010.

(1) Cohen, Alain, Le crédit-bail immobilier et la réforme de 1995, Dalloz, 3éme édition, Juin 1996, p67.

وكان المستأجر الجديد أكثر يسرا منه. غير أنه في الأحوال التي يجيز فيها هـذا الأخـير مثل هذا التصرف فيحل المستأجر الجديـد محـل المـستأجر الأصـلي في جميـع الحقـوق والالتزامات المحددة في عقد الاعتماد الإيجاري الأصلي[1].

المطلب السادس: الالتزام برد الأموال المؤجرة

قبل ممارسة خيار الشراء، يظل المـستأجر التمـويلي حـائزا للمـال المـؤجر علـى سبيل الإجارة، لأن شركة التأجير التمويلي تبقى هي المالكة لهذا المال[2].

وبالرجوع إلى القواعد العامـة في عقـد الإيجـار[3]، يلتـزم المـستأجر بـرد العـين المؤجرة إلى المؤجر عند نهاية مدّة الإيجار بالحالة التي تسلمها عليها باستثناء مـا أصـاب العين من هلاك أو عطل لسبب لا يد له فيه، فإذا لم يقـم المـستأجر بـذلك دون مـبرر قانوني ثارت مسؤوليته القانونية.

فعند نهاية مدّة العقد يجب على المستأجر التمويلي رد الأشياء المؤجرة للمـؤجر التمويلي إذا لم يُعمِل أحد خياري الشراء أو التجديـد. وبعبـارة مـساوية، يعـد التـزام المستأجر برد الأموال المؤجرة هو أحد الخيارات الثلاثة المتاحة للمستأجر في نهاية مـدة العقد[4]، فله حينئذ تملك العين المؤجرة مقابل دفع ذلك، أو تجديد العقد لفـترة ثانيـة، وإلا رد الأموال المؤجرة إلى المؤجر فور انتهاء عقد التأجير التمويلي.

ورغم أنّ هذا الالتزام قرّرته القواعد العامة على النحو الـسابق، إلا أنّ المـشرع الجزائري قد أكده في قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري، إذ نصت المادة (16) منه على ضرورة رد الأشياء المؤجرة إلى شركة الاعتمـاد الايجـاري في نهايـة العقـد، إذا لم يُبـد

---

(1) انظر المادّة (507) من القانون المدني الجزائري، والتي تقابل المادة (705) من القـانون المـدني الأردني.

(2) Kaissi, Muhieddine, droits des affaires, Beyrouth, Liban, libraire juridique Al-Halabi, 2002, page 63.

(3) انظر المادة (502) من القانون المدني الجزائري والـتي تقابلـها المـادة (700) مـن القـانون المـدني الأردني.

(4) البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص348.

المستأجر رغبته في شراء هذه الأصول أو تجديد العقد. وأضافت الفقرة الأولى من المادة 36 من ذات القانون على وجوب رد الأصل المؤجَر إلى المؤجِر في حالة اشتغال واستعمال توافق حالة أصل مماثل في العمر الاقتصادي.

كما حرص المشرع الجزائري في المادة (20/ 1) من قانون الاعتماد الإيجاري على حماية المؤجِر من تماطل المستأجر أو من يحل محله (سواء كان الوكيل المتصرف القضائي[1] أو المصفي) عن رد الأموال المؤجرة، حين منحه إمكانية اللجوء إلى المحكمة ليطلب استلام هذه الأموال. وسبيله إلى ذلك، هو الأمر على ذيل عريضة تقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة المختصة، وفقا لإجراءات المنصوص عليها في الموّاد من (172 إلى 190) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. فيلتزم المستأجر برد الأصل المؤجر إلى شركة الاعتماد الإيجاري في حالة ما إذا وقع في إفلاس أوتسوية قضائية أو تم تصفيته إذا كان شخصا معنويا. فيلتزم الوكيل المتصرف القضائي أو المصفي برد الأموال المؤجَرة إلى المؤجِر، على اعتبار أن هذا الأخير يحل محل المستأجر الذي تغلّ يده بعد إثبات حالة التوقف عن الدفع[2].

وبدورها أوجبت الفقرة (ب/ 6) من قانون التأجير التمويلي الأردني على المستأجر هذا الالتزام بقولها: «ب. يلتزم المستأجر بما يلي:

...6. إعادة المأجور إلى المؤجر وفق أحكام عقد التأجير أو في الحالات المحددة في هذا القانون...».

أما المادة (21/ 1) من قانون التأجير التمويلي الأردني فقد أكدت التزام المستأجر برد الأموال المؤجرة في حاتي نهاية العقد أو فسخه، إلا أن الفقرة الثانية من هذه المادة زادت في التفصيل إذ حددت جزاء لتخلف المستأجر عن الوفاء بهذا الالتزام، حيث جاء فيها: «...2. إذا تخلف المستأجر عن تنفيذ التزامه بإعادة المأجور وفق أحكام البند (01) من هذه الفقرة يحق للمؤجر استيفاء تعويض بنسبة 9% سنويا

(1) يسميه المشرع الأردني وكيل التفليسة (انظر المادة 338 من قانون التجارة الأردني مثلاً).

(2) راشد، راشد، الأوراق التجارية (الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري)، بدون دار نشر، الطبعة الخامسة، 2005، ص248.

من قيمة المأجور كما هي بتاريخ تخلف المستأجر عن تنفيذ التزاماته ولحين الوفاء بها وذلك بالإضافة لحق المؤجر في المطالبة بأي عطل وضرر آخر يلحق به وفق أحكام التشريعات النافذة، إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك».

وجاءت الفقرة (ب) من المادة (21) من قانون التأجير التمويلي الأردني لتبين الحالة التي يتعين على المستأجر إرجاع المأجور عليها، وهذا نص الفقرة: «ب. يجب إعادة المأجور إلى المؤجر بالحالة المحددة في عقد التأجير أو بالحالة التي تم استلامه فيها مع مراعاة ما يطرأ عليه من تغييرات نتيجة الاستهلاك الطبيعي».

كما جرى العمل من طرف شركات الليزنغ على تضمين العقد بندا ينص صراحة على التزام المستأجر بإرجاع الأصل المؤجر في نهاية العقد، ومثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 9 من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس الجزائر NatixisAlgérie) كما يلي: «...2. تؤدي نهاية العقد إلى التزام المستأجر التمويلي بإرجاع الأصل المؤجر إلى المؤجر التمويلي...». وكنموذج عن الممارسة في الأردن، جاء في الفقرة الخامسة من البند (20) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي ما يلي: «عند انقضاء العقد دون تجديده أو شراء المستأجر للأصل يلتزم المستأجر أو المصفي أو وكيل التفليسة حسب واقع الحال بأن يسلم المأجور إلى المؤجر بالحالة المتفق عليها في العقد دون تأخير، وفي حال الامتناع أو التأخير يجوز للمؤجر استصدار أمر بالتسليم الفوري من الجهات المختصة».

ولكن، قد يعوق تنفيذ المستأجر لالتزامه برد الأصول المؤجرة الحقوق التي رتبها للغير أثناء فترة الإيجار التمويلي مدعيا ملكيته للعين المؤجرة، لذلك يتفادى المشرع هذه الصعوبة بإلزام المستأجر في عقد الاعتماد الإيجاري بإعلام الغير بحقيقة حيازة المستفيد للآلات أو المعدات المستعملة[1]. ويتم هذا الإعلام بقيد عقود الاعتماد الإيجاري في سجل عمومي خاص موجود على مستوى ملحقة المركز الوطني للسجل

(1) رضوان، فايز نعيم، المرجع السابق، ص212 و213.

التجاري إذا تعلق الأمر بأصول منقولة[1]، أو لدى مصالح الحفظ العقاري التابع له العقار المعني إذا تعلق الأمر بأصول غير منقولة[2].

وهنا يؤكد الباحث على أن المشرع يربط التزام المستأجر التمويلي برد الأموال المؤجرة إلى المؤجر التمويلي بعدم تجديد عقد الاعتماد الإيجاري وعدم إعمال المستأجر لخيار الشراء، لأنه في حالة ما إذا تم أحد هذين الأمرين، فتستمر حيازة المستأجر للعين المؤجرة بصفة قانونية.

المطلب السابع: التزامات المستأجر في حالة استعماله العين المؤجرة ضمن محله التجاري (الالتزام بالإعلان)

تقرر التشريعات اللاتينية أن عقد الإيجار التمويلي يرد على المعدات الإنتاجية أو أدوات العمل، كما يرد على العقارات المخصصة لأغراض مهنية[3]. ومؤدى ذلك ارتباط استعمال تلك الأموال بنشاط اقتصادي يزاوله المستأجر.

فإذا كان المستأجر تاجراً يحترف الأعمال التجارية، فغالباً ما يكون استعماله إياها من خلال المحل التجاري. وقد يترتب على ذلك وضع ظاهر يوهم بأن المنقول الذي يستعمله المستفيد ضمن هذا المحل هو مملوك له، وبالتالي يمكن أن يشمله التصرف في المحل التجاري بالبيع أو الرهن.

ولذلك يكون المشرع الأردني قد أحسن صنعا لما أعطى للمؤجر حق إلصاق أي بيانات باسمه على المأجور يعتبرها ضرورية، بشرط ألا يتعارض ذلك مع حق المستأجر في استعمال المأجور، ما لم يتم الاتفاق بصورة واضحة على خلاف ذلك (الفقرة 05 من المادة (12) من قانون التأجير التمويلي الأردني).

---

(1) طبقا لنص المادة (02) من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 90 لسنة 2006 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة.

(2) طبقا لنص المادة (03) من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 91 لسنة 2006 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة.

(3) ومثال ذلك نص المادة (01/ 01) من قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي الفرنسي، ونص المادة (01/ 03) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

وقد أطلق البعض على هذا الالتزام (ضمان فعالية حق ملكية المؤجر)، باعتبار الهدف من مثل هذا الالتزام هو إعلام الغير بأن المأجور مملوك للمؤجر[1].

كما دأبت عقود الإيجار التمويلي على فرض التزام على عاتق المستأجر باتخاذ جميع التدابير اللازمة لضمان عدم شمول التصرف في المحل التجاري المنقول المؤجر، ومن أهم هذه الالتزامات إخطار المشتري أو الدائن المرتهن – في وقت مناسب – بما يكون مقرراً للمؤجر التمويلي من حق ملكية العين المؤجرة. وحتى في البلدان التي ألزم فيها المشرع بشهر عقود التأجير التمويلي في سجلات خاصة (مثل فرنسا والجزائر) يلاحظ أن شركات التأجير التمويلي داومت على إلزام المستفيد باتخاذ تدابير وضع بيان على المنقولات المؤجرة يفيد عدم ملكيتها للمستأجر، وسبب هذه الحيطة هو عدم رغبة هذه الشركات في خوض مشكلات الإثبات ومخاطره[2].

ومن أمثلة ما جرى عليه العمل من اشتراط وضع بيان باسم المؤجر على العين المؤجرة، نذكر نص المادة (06) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس الجزائر NatixisAlgérie) الذي جاء فيه: «الملكية الحصرية للمؤجر التمويلي يجب أن تعلن بلوحة ظاهرة تبين ملكية المؤجر للأصل المؤجر، يضعها المورد أو المستأجر على نفقة المستأجر في أجل قدره ثمانية أيام من تاريخ التسليم...». كما نصت الفقرة السابعة من البند (19) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية على ما يلي: «يتعهد المستأجر خلال سريان هذا العقد بالقيام بما يلي:

- إلصاق رقاع في مكان ظاهر على المأجور تفيد أن ملكية المأجور تعود للمؤجر».

وعلى العموم، يبقى المستأجر ملزماً بالعمل على عدم شمول بيع المحل التجاري أو رهنه للمنقول المؤجر، وبعبارة أخرى، في حالة ورود البيع أو الرهن على المحل التجاري، يجب على المستفيد أن يستبعد صراحة المنقول المؤجر من نطاق البيع أو الرهن[3]، وفي الفرض الذي يكون للمشتري أو الدائن المرتهن التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند

(1) أبو حصوة، زياد، المرجع السابق، ص178.
(2) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص430.
(3) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص430.

الملكية، يمكن إثارة مسؤولية المستأجر بسبب إخلاله بالتزامه القانوني باتخاذ جميع التدابير اللازمة لمنع شمول بيع أورهن المحل التجاري للمنقول المؤجر.

المطلب الثامن: التزامات المستأجر في حالة رهن المؤجر العين المؤجرة أو الأجرة:

يترتب على احتفاظ المؤجر التمويلي بملكية الأصل منقولا كان أو عقارا جواز رهنه لبعض دائنيه، ومن جانب آخر يكون المؤجر التمويلي دائنا للمستأجر بأقساط الأجرة، وهو يستطيع بهذا الوصف أيضا رهن الدين الذي يشغل ذمة المستأجر[1]، في مثل هذه الحالات تقع التزامات جديدة على عاتق المستأجر التمويلي، وبيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: رهن المنقول

إذا كان المال المؤجر منقولا جاز للمؤجر رهنه لمصلحة دائنه، ولكن يشترط لتمام هذا العقد ونفاذه في مواجهة الغير أن تنتقل حيازة المنقول المرهون من يد الراهن إلى يد الدائن المرتهن أو إلى يد عدل (أي إلى يد شخص ثالث يتفق على وضع المنقول المرهون عنده طبقا لأحكام المادة (1375) من القانون المدني الأردني)، وفي هذا الفرض فإن المستأجر هو الشخص العدل. وعليه، يقع التزام المحافظة على المال المأجور على عاتق المستأجر في مواجهة كل من المؤجر التمويلي والدائن المرتهن في مثل هذه الأحوال[2].

فعلى سبيل المثال، تحتفظ شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية – صراحة – بحقها في رهن العين المؤجرة ضمانا لديون عليها، إذ نص البند 11 من الشروط الخاصة لعقد التأجير التمويلي المعدة من طرف هذه الشركة على ما يلي: «للمؤجر وبعد توقيع العقد من قبل المستأجر أو من ينوب عنه قانونا رهن المأجور لصالح المؤجر وأن يظهر عند تسجيل المأجور لدى الجهات المختصة ما يفيد أن المأجور في حيازة المستأجر بموجب عقد تأجير تمويلي...».

(1) القلاب، بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص255.
(2) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص436 و437.

ومن هذا نتوصل إلى نتيجة مفادها أنه يتعين على المستأجر الأجنبي – بالنسبة للعلاقة التي تربط بين الراهن والمرتهن – المحافظة على العين المؤجرة تحت طائلة مطالبته بالتعويض من طرف المؤجر أو الدائن المرتهن على حد سواء.

بل أكثر من ذلك، تلزم المادة (15/ 3) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لبنك البركة الجزائري العميل بإخطار البنك بأي مطالبة للغير على الأصل المؤجر، إذ ورد في هذه المادة ما يلي: «... زيادة على ذلك، في حالة تدخل شخص ثالث دائن للبنك أو دائن للعميل بدعوى مطالبة على كل الأصول المنقولة أو جزء منها عن طريق المعارضة أو الحجز، يجب على العميل أن يحتج ضد هذه الادعاءات وأن يبلغ البنك حالا حتى يحافظ على مصالحه...».

فشركة التأجير التمويلي يمكنها الرجوع على المستأجر بالتعويض عما لحقها من ضرر بسبب إخلال المستأجر بالتزامه بالمحافظة على المنقول المرهون وانعكاس ذلك على علاقة شركة التأجير التمويلي الراهنة بالدائن المرتهن، فضلا عن جواز رجوع الدائن المرتهن بالتعويض على المستأجر بسبب إخلاله بالالتزامات الملقاة على عاتقه بوصفه أجنبيا في تسلم المنقول المرهون[1].

ثانياً: رهن العقار

على غرار المنقول، يستطيع المؤجر التمويلي رهن عقاره المؤجر تمويليا، إلا أن الرهن التأميني (الرسمي[2]) لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري وفقا لأحكام المادة 1323 من القانون المدني الأردني (وتقابلها المادة 883 من القانون المدني الجزائري). وفي هذه الحالة لا يستطيع المستأجر تفادي التنفيذ على العقار المرهون، ولا يكون أمامه إزاء هذا الوضع إلا الرجوع على المؤجر التمويلي بوصفه المدين الذي تسبب في طلب توقيع الحجز على العقار تطبيقا لأحكام ضمان تعرض الاستحقاق في عقد البيع[3].

---

(1) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي،المرجع السابق، ص437.
(2) كما سماه المشرع الجزائري في المادة (882) وما بعدها من القانون المدني الجزائري.
(3) القلاب، بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص256.

وعليه، عند إعمال المستأجر خيار الشراء الاختياري المقرر له عند نهاية مدة العقد لتملك العقار محل العقد فإنه يتحمل قيمة العقار كلياً علاوة على نسبة من الأرباح لصالح المؤجر من خلال أقساط الأجرة، ولا يكون ثمن التملك في نهاية مدة العقد إلا ثمناً رمزياً، غير أن المستفيد يتعرض للتنفيذ على العقار بعد أن أوفى بكامل قيمته وما يزيد على ذلك، لأن العقار يكون ملكا لمن سبق تسجيله باسمه لا لحائزه طبقا للقواعد العامة. أمام هذا الوضع، لا يبقى أمام المستأجر التمويلي سوى الرجوع على المؤجر التمويلي بالضمان.

وجدير بالذكر أن كلا من قوانين[1] وعقود التأجير التمويلي[2] لا تفرض على عاتق الشركة الممولة التزاما بنقل ملكية العقار إلى المستفيد خالية من القيود أو الحقوق العينية التبعية التي تثقله، بل إن الأمر متروك كلية للقواعد العامة. وبالتالي يتعرض المستأجر للتنفيذ على العقار الذي آلت إليه ملكيته على أن يرجع على الشركة الممولة بضمان الاستحقاق. وأيا كان شأن الحماية المقررة للمستأجر طبقا للأحكام العامة للضمان فقد لا يغنيه شيء عن زوال ملكيته للعقار بعدما تكبده من أعباء مالية كبيرة تنفيذا لعقد التأجير التمويلي[3].

ثالثاً: رهن دين الأجرة

يستطيع المؤجر أيضاً رهن الأجرة التي يكون دائناً بها اتجاه المستأجر، ولكن يجب إعلام المستأجر التمويلي بالرهن لكي يكون نافذاً في مواجهة الغير، ويترتب على ذلك أن رهن الدين يكون نافذا في مواجهة الغير إذا قبل المستأجر الرهن[4]، وبالتالي

---

(1) مثل المادة (19/ 1) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري، والمادة (12/ 4) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

(2) مثل المادة (15/ 3) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة لبنك البركة الجزائري.

(3) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص439.

(4) القلاب، بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص256. وكذلك: نص المادة (2075) من القانون المدني الفرنسي والتي تقابلها كل من المادة (1410) من القانون المدني الأردني والمادة (975) من القانون المدني الجزائري.

قد يصبح المستأجر التمويلي مدينا بالأجرة لدائن المؤجر التمويلي المرتهن إذا لم يف المؤجر التمويلي بديونه اتجاهه.

وإذا كان نفاذ دين الأجرة في مواجهة الغير يتوقف على قبول المستأجر، فإنه في الحالات التي ينص فيها عقد التأجير التمويلي على احتفاظ الشركة الممولة بحقها في رهن الأجرة يكون المستأجر قد قبل الرهن قبل نشوئه، ولا حاجة حينئذ إلى إعلان شركة التأجير التمويلي المستأجر بالرهن[1].

إذا، يتبين من خلال ما تقدم ذكره في هذا المطلب أن المؤجر يستطيع استغلال ملكيته للأصل مرتين، وذلك بتأجيره تمويليا من جهة، ورهنه لدائنيه مقابل الحصول على الائتمان من جهة أخرى، وهو بذلك يلقي على عاتق المستأجر تحمل جميع الأعباء الناشئة عن رهن الأصل المؤجر.

وفي مقام استذكار موجبات المستأجر، يلتزم الأخير بتسلم العين وأداء الأجرة ودفع مقابل التملك إن هو رغب في إعمال خيار الشراء. وعلاوة على ذلك، يقع على عاتق المستأجر التزامات شتى في سبيل توفير حماية فعالة للضمان المقرر لشركة التأجير التمويلي المتمثل في ملكية الأصل المؤجر. فهو يلتزم باستعماله على نحو لا يضر بحقوق الشركة، كما يلتزم بالقيام بجميع أعمال الصيانة اللازمة للمحافظة عليه، علاوة على أنه ملزم بالتأمين على الأصل للوقاية من عجزه عن مواجهة الأعباء المالية المرتبطة بتحمله تبعة هلاك الأصل[2]. ذلك أنه يكثر في عقود التأجير التمويلي الخروج عن القواعد العامة لعقد الإيجار بسبب الطابع المكمل لأغلبية القواعد القانونية المنظمة لهذا العقد من جهة، وهيمنة شركة التأجير التمويلي على العلاقات القانونية الناشئة عن عملية التأجير التمويلي من جهة أخرى. وعليه، لا غرابة في أن يصف البعض عقود التأجير التمويلي بأنها من عقود الإذعان[3]. ولا أدل على ذلك من أن التطبيق يشهد أن شركات التأجير

---

(1) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي،المرجع السابق، ص440.
(2) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير للتمويلي،المرجع السابق، ص443.
(3) دويدار، هاني محمد، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص49.

التمويلي هي من تكتب بنود العقد سلفا، لينحصر دور من يرغب في الاستئجار التمويلي في قبول التعاقد وفقا لهذه الشروط أو رفضه[1].

إذن، يجمع بين المؤجر والمستأجر عقد تأجير تمويلي يحدد الالتزامات الملقاة على كل طرف، كما تجد بعض التزاماتهما مصدرها في القانون في أوضاع معينة. إلا أن القانون (مثلما هو حال قانون التأجير التمويلي الأردني) أو العقد (مثلما تشهده الممارسة في الجزائر) يقرر شرط شراء المأجور من طرف المؤجر من ناحية ودعوى شخصية ومباشرة للمستأجر على المورد (أو المقاول) من ناحية أخرى، فيترتب على إعمال الشرط الأول علاقة ثانية تربط المؤجر بالمورد (أو المقاول)، وينجم عن تطبيق الحكم الثاني علاقة ثالثة تجمع بين المستأجر والمورد (أو المقاول).

---

(1) مثلما هو الحال لدى بنك البركة الجزائري و(شركة ناتيكسيس) الجزائرية، وشركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية حيث يملكون عقودا بشروط عامة للتأجير التمويلي معدة مسبقا، وما على الراغب في التعاقد معهم سوى الإمضاء على هذا العقد.

الفصل الثاني

علاقتا طرفي عقد التأجير التمويلي بالمورد (أو المقاول)

المبحث الأول
علاقة المؤجر بالمورد (أو المقاول)

المطلب الأول: تكييف علاقة المؤجر بالمورد (أو المقاول)

المطلب الثاني: الآثار القانونية الناشئة في العلاقة بين المؤجر والمورد (أو المقاول)

المبحث الثاني
علاقة المستأجر بالمورد (أو المقاول)

المطلب الأول: تكييف علاقة المستأجر التمويلي بالمورد (أو المقاول)

المطلب الثاني: الآثار القانونية الناشئة في العلاقة بين المستأجر والمورد (أو المقاول)

الفصل الثاني

علاقتا طرفي عقد التأجير التمويلي بالمورد (أو المقاول)

تتحقق عملية التأجير التمويلي بتدخل أكثر من شخص، وإن كان كل منهم يبتغي غاية محددة تختلف بل تناقض غاية الأطراف الأخرى إلا أن مساهمتهم جميعا ضرورية(1)، فمن بين ما يميز الاتفاق بين شركة التأجير التمويلي والمستأجر هو كونه عنصراً من عناصر عملية تشهد تدخل طرف ثالث هو البائع. وبالتالي تتميز عملية التأجير التمويلي بأنها عملية ثلاثية الأطراف(2). ولكن طرفي عقد التأجير التمويلي – من الناحية القانونية – هما المؤجر والمستأجر، أما المورد (أو المقاول) فليس بطرف في هذا العقد(3).

إذن، من مميزات عقد الاعتماد الإيجاري هي أنه عقد ثنائي الأطراف يتطلب تنفيذه تدخل شخص ثالث(4)، بل وينشئ عقد التأجير التمويلي مجموعة من الآثار(5) في مواجهة هذا الأخير رغم أنه لم يكن – أصلاً – طرفاً فيه.

---

(1) Bey, De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobiliers, op.cit, page170.

(2) دويدار، هاني محمد، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص30.

(3) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص81، وفي نفس المعنى انظر كذلك:
ناصيف، إلياس، العقود الدولية، عقد الليزينغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص155.

(4) Du Chambon P-M ,et ALTER, M. Initiation aux techniques contractuelles récentes, Librairies Téchniques, Paris, 1985, p.9.

(5) مثل حق رجوع المستأجر عليه بخصوص ضمان العيوب الخفية مثلما أقرته المادة (13) من قانون التأجير التمويلي الأردني والمادة (13) من قانون التأجير التمويلي المصري.

ولذلك يمكن القول أن الاعتماد الإيجاري مزيج يتكون من علاقات قانونية متعددة اندمجت فيما بينها لتنتج هذا النظام التعاقدي الجديد، ولعل هذا ما دفع محكمة (تولوز) الفرنسية إلى اعتبار عقد الاعتماد الإيجاري (وحدة مركبة (Un tout Complexe[(1)].

من هذا المنطلق، يتدخل كل من المؤجر والمستأجر والمورد (أو المقاول) لإنجاز عملية التأجير التمويلي، وعلى ضوء هذا التدخلات تتحدد المراكز القانونية لكل منهم كما يلي:

1. **المستأجر:** هو الذي يتخذ زمام المبادرة في تحريك العملية بالنظر إلى حاجته للانتفاع بالأصل، فيقوم بطلب التمويل من شركة التأجير التمويلي مبينا هوية المورد ومواصفات العين التي يرغب في استئجارها تمويلياً.
2. **المؤجر:** يشتري العين التي طلبها المستأجر بغرض تأجيرها له وفق عقد تأجير تمويلي.
3. **المورد (أو المقاول):** هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينقل ملكية المأجور محل عقد التأجير إلى المؤجر[(2)]، كما عرفه البعض بأنه الشخص الذي يصنع أو يبيع أو يشيد المال موضوع عملية الاعتماد الإيجاري[(3)]. والمورد (أو المقاول) هو من يضمن سلامة العين المؤجرة من العيوب الخفية في مواجهة المستأجر، ومن الناحية العملية، هو من يفاوض المستأجر ويسلمه المأجور. ومعنى ذلك، أن المورد له نوعان من العلاقات، منها ما يربطه بالمؤجر ومنها ما يربطه بالمستأجر،

---

(1) في قرر لها صادر بتاريخ 07/ 03/ 1970 ذكره:
فيلالي، بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الإيجاري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص10.
(2) هكذا عرفته الفقرة الثامنة من المادة (02) من قانون التأجير التمويلي الأردني.
(3) فيلالي، بومدين، إشكالية تمويل المشروعات الاقتصادية في الوطن العربي، المرجع السابق، ص177. وفي نفس المعنى، انظر:
فهمي، محمود وآخرون، المرجع السابق، ص42.

فعلاقة المورد مع المؤسسة الممولة (المؤجر) تنحصر في إجراءات عقد البيع بصفة عامة، أما علاقته مع المستأجر فتستطيع أن تمتد إلى مواصفات العتاد (المال المؤجر) وتاريخ التسليم وضمان العيوب الخفية، وكذلك إلى خدمات الصيانة والتكوين إن وجدت في العقد[1].

هذا وتتميز عملية التأجير التمويلي – علاوة على طابعها الثلاثي – بكون المؤجر يمثل محورها الرئيسي من منظور قانوني، فشركة التأجير التمويلي هي الطرف المتعاقد في العقدين محل العملية بوصفها مشتريا في عقد البيع ومؤجرا في عقد التأجير التمويلي[2].

وبالرجوع إلى القوانين محل المقارنة في البحث، نجد أن قانون التأجير التمويلي الأردني نظم – صراحة – هذه المراكز القانونية الثلاثة، إذ عرفت المادة (02) منه كلا من المؤجر والمستأجر والمورد. وبصفة ضمنية، أشار قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي الفرنسي في مادته الأولى إلى ضرورة توافر هذه المراكز الثلاثة بنصه – عند تعريفه للتأجير التمويلي – على شرط الشراء المسبق للأموال محل العقد، مما يوحي بتدخل بائع هذه الأموال في تنفيذ عمليات الليزنغ. أما قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري فقد خلا من كل إشارة إلى مركز المورد، بل اقتصر على التعامل مع مركزي المؤجر والمستأجر. وبذلك، يكون المشرع الأردني قد أحاط بمختلف الأطراف التي تدخل في تنفيذ عملية التأجير التمويلي، أما المشرع الفرنسي فقد تعامل مع هذه الأطراف تعاملا يفي بالغرض وإن كان يفتقر إلى الإفصاح، في حين تسبب تركيز المشرع الجزائري نصوص قانونه على تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر حصرا إلى إفراغ عملية الاعتماد الإيجاري من طابعها الثلاثي الذي يتطلبه إنجازها.

هذا ويشير التطبيق – بدوره – إلى أن أطرافا ثلاثة تضطلع بتنفيذ عقد التأجير التمويلي، ففي الجزائر، تنص الفقرة الثانية من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لأصول غير منقولة لبنك البركة على ما يلي: «... يتعلق الأمر بتقنية تمويل يتدخل فيها ثلاثة أطراف أساسيين هم:

---

(1) فيلالي، بومدين، إشكالية تمويل المشروعات الاقتصادية في الوطن العربي، المرجع السابق، ص177.
(2) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص93.

- مورد الأصل (الصانع أو البائع).
- المؤجر (البنك الذي يشتري الأصل لغرض تأجيره لعميله).
- المستأجر...». كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (02) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتكسيس الجزائر Natixis Algérie) ما يلي: «...2. بناء على الشروط التفاوضية، يشتري المؤجر التمويلي الأصل من المورد، ويقوم الأخير بتسليم الأصل إلى المستأجر...». وفي الأردن، نص البند (14) من الشروط العامة للتأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي على ما يلي: «يقر المستأجر أنه عاين المأجور واختاره على مسؤوليته الخاصة وأن معاينته تامة ونافية للجهالة الفاحشة ووجد المأجور بحالة جيدة وصالحة للانتفاع وأن مواصفات المأجور تناسبه وأنه هو الذي اختار المورد أو المقاول...».

ولما كانت عملية التأجير التمويلي تتم بمساهمة ثلاثة مراكز قانونية، فإن ذلك يستتبع وجود ثلاث علاقات قانونية تنشأ لغايات وضع عقد التأجير التمويلي موضع التنفيذ. فأما الأولى فهي العلاقة الإيجارية بين المؤجر والمستأجر التي سبقت دراستها في الفصل الأول من هذه الرسالة، وأما الثانية فهي علاقة المؤجر بالمورد (أو المقاول) والتي ستكون موضوع المبحث الأول من هذا الفصل، وأما الثالثة فهي علاقة المستأجر بالمورد (أو المقاول) التي سيتم التطرق إليها في المبحث الثاني من الفصل ذاته.

المبحث الأول

علاقة المؤجر[1] بالمورد (أو المقاول)

يمثل عقد التأجير التمويلي الإطار التعاقدي الذي يكفل للمؤجر استثمار أصل ما من خلال تأجيره، وبذلك يتجاوز دور المؤجر في هذا العقد الإطار التقليدي المحدد

---

(1) بما أن الشراء يسبق التأجير، قد نكون في هذه المرحلة بصدد الحديث عن مؤجر مستقبلي، لأن عقد التأجير التمويلي لم يبرم بعد، رغم وجود وعد بالتأجير ملزم لكل من المؤجر والمستأجر المستقبليين. ورغم اشتراط الشراء المسبق للعين المؤجرة قانوناً، إلا أن الباحث لا يرى مانعا من تقدم إبرام أحد عقدي التأجير والتوريد على الآخر من حيث تاريخ الإبرام أو تزامنهما، إذ يكفي أن تكون العين محل التأجير مشتراة مسبقاً لتحقيق الشرط القانوني السابق.

له وفق القواعد العامة لعقد الإيجار الواردة في القانون المدني، ليشمل أيضا دور الممول لمشروع المستأجر، مما يسبغ على هذا العقد طبيعة خاصة، من معالمها ارتباطه بما يسمى عقد التوريد[1].

يقتضي شرط الشراء المسبق لمحل عقد التأجير التمويلي[2] أن المؤجر لا يملك العين التي سيؤجرها للمستأجر سلفا، ولذلك يتعين على المؤجر شراء هذه العين أولا من المورد ثم تأجيرها إلى طالب التأجير التمويلي. ويعبر البعض عن هذا الشرط بأنه هو الذي يؤكد الطابع الاقتصادي التمويلي المميز لعقود التأجير التمويلي[3]. ويشكل إحدى سماته الرئيسية، بحيث لا يتصور إبرام عقد التأجير التمويلي دون أن يسبقه أو يعاصره عقد توريد[4].

إلا أن القول السابق فيه إجمال يحتاج إلى تفصيل: يظهر استقراء الواقع العملي[5] أن عملية التأجير التمويلي تبدأ بمبادرة من الراغب في الحصول على التمويل، إذ يختار أحد الموردين (أو المقاولين) ويتفاوض معه حول كل بنود شراء العين التي يحتاجها، ثم يقدم طلب التمويل لشركة التأجير التمويلي مرفقا بالفواتير والوثائق المبينة للشروط التفاوضية التي تم التوصل إليها مع المورد، حينئذ تدرس شركة التأجير التمويلي هذا الطلب لغايات معرفة جدوى تمويل هذه الصفقة. والفرض هنا هو قبول الطلب[6]، عندئذ تقوم شركة التأجير التمويلي بشراء الأصل حسب الشروط المتفق عليها بين

---

(1) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص5.

(2) في حالة تخلف هذا الشرط يفقد العقد صفة التأجير التمويلي مثلما تم إفادة الباحث من طرف: حدادين، رولا، المقابلة الشخصية السابقة. إذ تفضلت في هذه المقابلة بأنهم يرفضون – بوصفهم مسجل التأجير التمويلي – قيد عقود تأجير أحد الأشخاص لممتلكاته دون سبق شرائها، وفي الواقع تؤيد النصوص الصريحة في قانون التأجير التمويلي الأردني هذا القول (المادة 1 والمادة 13...).

(3) الأحدب، عبد الحميد، عقد الليزنغ، بحث منشور في: الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، المرجع السابق، ص82.

(4) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص29.

(5) ومثال ذلك ما تنص عليه الفقرة الخامسة من ديباجة الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لأصول غير منقولة لبنك البركة الجزائري.

(6) ذلك أن رفض هذا الطلب يعني عدم وجود عقد تأجير تمويلي أصلاً.

المورد والمستأجر، وعند استلام الأخير هذا الأصل يقوم المؤجر بتوقيع عقد التأجير التمويلي مع المستأجر، على أن يعطي هذا العقد عند نهايته خيارا للمستأجر بشراء العين المؤجرة بناء على رغبته[1].

إذن، النتيجة التي يمكن استخلاصها من هذا الاستعراض هي أن العقد المبرم بين المؤجر والمورد (أو المقاول) لا يخلو من خصوصية، فالمؤجر يوقع عقدا بشروط تفاوض عليها غيره من جهة، ويشتري مالا قد لا يحوزه إطلاقا إذا أعمل المستأجر خيار الشراء في نهاية عقد التأجير التمويلي من جهة أخرى. وأكثر من ذلك، لا يبرم عقد التوريد (أو المقاولة) إلا بمناسبة تنفيذ عقد التأجير التمويلي، كما يوجد ارتباط وثيق بين عقد البيع وعقد الاعتماد الإيجاري بحيث إذا بطل الأول فلا أساس لوجود الثاني[2].

وإذا كان من نافلة القول أن هذه المعطيات تؤكد على تميز عقد التأجير التمويلي عن غيره من العقود، فإنه من الضروري الإشارة إلى أنها قد تثير بشكل أو بآخر نوعا من اللبس بخصوص تحديد أطراف عقد التأجير التمويلي وآثاره. وفي هذا الصدد، ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار المورد طرفا في عقد الاعتماد الإيجاري، ومن ثم وجوب التعامل مع عقد التوريد كبند من بنود عقد الاعتماد الإيجاري، وقد برر أصحاب هذا الرأي موقفهم بأهمية العقد الأول كأساس مادي للعقد الثاني[3]. كما

---

(1) Cabinet , Seddik, le credit bail ou leasing, page 8, article disponible sur le site web: www.cabinetseddik.com/en telechargement/credit_bail.pdf,
تاريخ تصفح الموقع: 11/ 11/ 2010.

(2) فيلالي، بومدين، إشكالية تمويل المشروعات الاقتصادية في الوطن العربي، المرجع السابق، ص177.

(3) Cabinet, Seddik, op cit, page 4.

وفي نفس المعنى انظر:
عبد العزيز، سمير محمد، التأجير التمويلي ومداخله المالية، المحاسبية، الاقتصادية، التشريعية، التطبيقية، الإسكندرية، مصر، مطبعة الإشعاع الفني، الطبعة الأولى، 2000، ص197.
فيلالي، بومدين، إشكالية تمويل المشروعات الاقتصادية في الوطن العربي، المرجع السابق، ص177.
وانظر كذلك:
الهلسة، عماد أديب، المرجع السابق، ص112.

ذهبت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها إلى أن عقد التأجير التمويلي هو الذي يكرس العلاقة القانونية الثلاثية الأطراف التي تربط بين بائع المال ومشتريه ومستأجره[1]. فما هو الوصف القانوني الدقيق لعلاقة المؤجر بالمورد؟ وما هو مصدر هذه العلاقة؟ عقد توريد مستقل أم عقد التأجير التمويلي ذاته؟ هذا ما ستتم الإجابة عليه من خلال المطلب الأول. وبعد تكييف العلاقة السابقة، لعل السؤال الذي سيطرح نفسه في تلك المرحلة هو: ما هي الآثار القانونية الناشئة في هذه العلاقة؟ وهو ما سيتم الرد عليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تكييف علاقة المؤجر بالمورد (أو المقاول)

يمكن تعريف التكييف على أنه إعطاء وصف قانوني للتصرف، لغايات ربطه بنظام قانوني معين، ومن ثم تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق. على أن سيد التكييف هو القاضي[2]، الذي يجب عليه أن يتقيد – في مواد القانون الخاص – بالنص القانوني وبنود العقد والإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة[3]. وفي هذا الصدد ورد في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية ما يلي: «... إن العبرة في تكييف العقد والتعرف على قصد الطرفين منه وتحديد حقوقهما هي لما اشتمل عليه العقد من النصوص، وللقصد الحقيقي الذي هدف إليه الطرفان المتعاقدان من إبرامه، وليس لما يضفيه عليه الفرقاء من وصف...»[4].

---

(1) Cass. civ 1998/2452, 24 Octobre 1997, j.c.p.

قرار ذكره: شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص439.

(2) حداد، أحمد، الموسوعة القانونية المتخصصة، المجلد الثاني، دمشق، سوريا، هيئة الموسوعة العربية، الطبعة الأولى، 2010، ص245.

(3) حداد، أحمد، المرجع السابق، ص250.

(4) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1501/ 2001 (هيئة خماسية) تاريخ 26/ 7/ 2001، منشورات مركز عدالة، الإصدار السابع، 2010.

وبالرجوع لعلاقة المؤجر بالمورد، لابد من الإشارة – بداية – إلى أن وجود عقد توريد (أو عقد مقاولة) هو النتيجة الطبيعية لشرط الشراء المسبق لمحل عقد التأجير التمويلي المقرر في القانونين الفرنسي والأردني صراحة[1]. وبعبارة مساوية، يتطلب إبرام وتنفيذ عقود التأجير التمويلي – في ظل القوانين التي تشترط الشراء المسبق للمأجور – إبرام عقد توريد أو مقاولة حسب الأحوال.

وتحكم القاعدة السابقة جميع أنواع التأجير التمويلي، بما في ذلك ما يعرف بالتأجير التمويلي اللاحق[2] أو ما سماه المشرع الأردني بـ(البيع وإعادة الاستئجار) الذي يتمثل بقيام المورد ببيع المال إلى المؤجر ومن ثم إعادة استئجاره من قبل المورد عن طريق عقد تأجير تمويلي[3]. ففي هذه الصورة أيضا يتحقق شرط الشراء المسبق للمأجور من جهة، ويوجد عقد توريد بين المؤجر والمورد من جهة أخرى. ذلك أن القانون يشترط وجود عملية شراء للمال ثم تأجيره تمويليا، ويستوي في ذلك أن تتم عملية الشراء من طرف ثالث أو من المستأجر نفسه.

ولا يتسم تملك المال الذي سيكون محلا لتأجير تمويلي بالبساطة كما هو عليه الحال في عقد الإيجار العادي، بل يلعب المستأجر التمويلي دورا أساسيا في عملية اكتساب شركة التأجير التمويلي ملكية الأصل، فشراء المال يكون بناء على طلبه، وهو من يختار المعدات أو الآلات المطلوبة، أو يطلب إقامة الأبنية التي يحتاجها.

وحيث أن شركة التأجير التمويلي لا تكتسب ملكية المال إلا بناء على طلب المستفيد، وذلك سواء بالشراء أو البناء، فإن وضع العقد موضع التنفيذ يفترض أمرين: الأول هو إبرام عقد البيع أو إتمام عملية البناء، والثاني هو استلام المستفيد للمال إما من بائعه وإما من مقاول البناء[4]. وفي الحالتين، يقتصر دور شركة الليزينغ

---

(1) وهو الشرط الذي أغفله القانون الجزائري إلا أنه معروف في الممارسة الجزائرية مثل ما نصت عليه ديباجة عقد الاعتماد الإيجاري لبنك البركة الجزائري والمادة (2/ 1) من الشروط العامة لعقد الاعتماد الإيجاري لشركة ناتيكسيس الجزائر.

(2) كما يسميه الدكتور هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، ص72 و73.

(3) طبقا للفقرة (أ) من المادة (04) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

(4) دويدار، هاني، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص255.

على إبداء القبول لانعقاد عقد التوريد (أو المقاولة)، ذلك أن شروط العقد قد تم التفاوض عليها سلفا من طرف الراغب في استئجار المال ومورده (أو صانعه)[1].

أصبح من الواضح لدينا الآن أن علاقة المؤجر بالمورد (أو المقاول) تأخذ إما وصف عقد توريد[2] متى كان المأجور منقولاً وإما عقد مقاولة متى كان المأجور عقارا، إلا أن وجود ارتباطات ظاهرة بين عقد التوريد (أو المقاولة) وعقد التأجير التمويلي طرح مسألة مدى استقلالية هذين العقدين عن بعضهما البعض، فعقد التوريد (أو المقاولة) لم يبرم إلا لغايات إبرام عقد التأجير التمويلي، في حين يعجز الأخير عن إيجاد طريقه إلى التنفيذ ما لم يبرم عقد التوريد (أو المقاولة). وعليه، سيتم تسليط الضوء فيما يأتي على عقد التوريد في فرع أول، وعقد المقاولة في فرع ثان، ومدى استقلالية أي من هذين العقدين عن عقد التأجير التمويلي في فرع ثالث.

الفرع الأول: عقد التوريد

على خلاف نظيريه الفرنسي والجزائري، انفرد المشرع الأردني بتعريف عقد التوريد في الفقرة العاشرة من المادة (02) من قانون التأجير التمويلي كما يلي: «هو العقد الذي تنتقل بموجبه ملكية المأجور من المورد إلى المؤجر».

ورغم أن الباحث يؤمن بأن التعريف من عمل الفقه لا التشريع، إلا أنه يؤيد قيام المشرع الأردني بإعطاء مفهوم لعقد التوريد نظراً لتشابك العلاقات المتولدة عن عمليات التأجير التمويلي، إلى درجة دفعت البعض[3] إلى اعتبار المورد

---

(1) مزهر، حبيب، الطبيعة القانونية لعقد الليزنغ، بحث منشور في: الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، المرجع السابق، ص68.

(2) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص11.

(3) Cabinet, Seddik, op cit, page 4.

وفي نفس المعنى انظر:

فيلالي، بومدين، إشكالية تمويل المشروعات الاقتصادية في الوطن العربي، المرجع السابق، ص177.

وانظر كذلك:

الهلسة، عماد أديب المرجع السابق، ص112.

طرفا في عقد الليزنغ، ولـذلك يكـون مـن المناسـب تـدخل المشرع في مثـل هـذه الحالات لقطع الشك باليقين.

ولما كانت عقود التوريد تجد أكثر تطبيقاتها في العقود الإدارية، كانت أكثر تعريفات الباحثين في عقد التوريد تتناوله على أنه من العقود الإدارية، إذ عرفـه البعض على أنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين فـرد أو شركة، يتعهد بمقتضاه الفـرد أو الـشركة بتوريـد منقـولات معينـة للـشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين[1]. وعلى غرار سـابقيهم، عـرف آخـرون عقد التوريد بأنه ذلك العقد الذي يبرم بين أحد أشخاص القانون العام وبين أحد الشركات أو الأفراد ويكون موضوعه توريد مواد منقولة من أي نوع مقابل جعل مادي[2].

إلا أن الحقيقة على خلاف ذلك، فعقد التوريد قـد يكـون عقـدا خاصـا بـين الأفراد، أو بين الأفراد والشركات الخاصة، أو بين الشركات الخاصـة فيمـا بينهـا[3]. وبعبارة مساوية، عقد التوريد كما قد يكون عقدا إداريا فإنه قد يكون عقـدا خاصـا يخضع لأحكام القانون الخاص، وذلك إذا انتفت عنه الـصفات المـذكورة في العقـود الإدارية، كما لو كان العقد بين شركة خاصة وأحد الأفراد مثلا، فهو لا يكون عقدا إداريا إلا بعد فحصه وتبين وجود مقومات العقد الإداري في خـصوصه[4]. ولـذلك

(1) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، مـصر، مطبعـة جامعـة عـين شمس، الطبعة الخامسة، 1991، ص121.

(2) عثمان، عبد الحكيم أحمد محمد، عقد التوريد وتكييفه في الميـزان الفقهـي المقـارن، الإسـكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007، ص96.

(3) المطلق، عبد الله بن محمد، عقد التوريد، بحث منـشور في مجلـة جامعـة الإمـام محمـد بـن سـعود الإسلامية، الرياض، السعودية، العدد العاشر، 1993، ص24.

(4) عثمان، عبد الحكيم أحمد محمد، المرجع السابق، ص96.

عرف فريق فقهي آخر[1] عقد التوريد بأنه عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بتمليك وتسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين.

وبالتالي يمكن تعريف عقد التوريد على أنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقدم لآخر أشياء بصفة دورية ومنتظمة أو بشكل مستمر، كالتعهد بتوريد الأغذية والملابس للمستشفيات والمدارس والجيش وتوريد المواد الأولية للمصانع[2].

ومن جانب القضاء، قررت محكمة النقض المصرية أن عقد التوريد قد يكون – حسب الأحوال – عقداً إدارياً أو عقداً خاصاً في قرار هذا نصه: «عقد التوريد – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليس عقداً إدارياً على إطلاقه بتخصيص القانون، وإنما يشترط لإسباغ هذه الصفة عليه أن يكون إداريا بطبيعته وخصائصه الذاتية، وهو لا يكون كذلك إلا إذا أبرم مع إحدى جهات الإدارة بشأن توريد مادة لازمة لتسيير مرفق عام واحتوى على شروط غير مألوفة في القانون الخاص...»[3].

---

(1) شويدح، أحمد ذياب وأبو هربيد، عاطف أحمد، عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الدولي الثاني (الإسلام والتحديات المعصرة)، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2-3 أبريل 2007، ص4، وهو بحث منشور على الموقع الإلكتروني:

http://site.iugaza.edu.ps

تاريخ تصفح الموقع: 18/ 11/ 2009.

في نفس المعنى، انظر:

يونس، علي حسن، القانون التجاري، مصر، دار الفكر العربي، 1995، ص114.

وكذلك: داغمة، نمر صالح محمود عقد التوريد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2004، ص12. وهي منشورة على الموقع الإلكتروني:

www.najah.edu/thesis/398.pdf

تاريخ تصفح الموقع: 18/ 11/ 2009.

(2) البكري، محمد عزمي، شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الثاني، الالتزامات والعقود التجارية، مصر، دار محمود، 2003، ص323.

(3) الطعن رقم 66 بتاريخ 5/ 2/ 1995 ذكره:

قرمان، منير، البيوع التجارية، الإسكندرية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2006، ص109.

وعقد التوريد – في الغالب الأعم – من العقود الزمنية، ولذلك جرت العادة على إدخال عنصر الزمن في تعريف هذا النوع من العقود، فعرفه أحد الفقهاء بأنه عقد يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن[1]، وعرفه فقيه آخر بأنه عقد مستمر يكون الزمن عنصرا في تحديد الأداء الواجب على كل من طرفيه، يلتزم فيه المورد بتقديم البضاعة في التواريخ المتفق عليها مقابل التزام المشتري بدفع الثمن كلما تسلم دفعة من الدفعات[2]. كما عرفت محكمة التمييز الأردنية عقد التوريد في قرارها رقم 2483/ 2008 (هيئة خماسية) بتاريخ 28/ 4/ 2009 كالآتي: «... ويتبين أن عقود التوريد هي العقود التي يلتزم التاجر أو الصانع بأن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة مرور الزمن، أو يتعهد بتقديم بعض الأرزاق والأطعمة يومياً إلى صاحب مطعم أو فندق أو مستشفى فإن هذا العقد يعتبر عقداً مستمراً. أما عقد البيع العادي فهو الذي لا يحتاج لزمن ممتد بل يتم تنفيذه فوراً دفعة واحدة في الوقت الذي يختاره العاقدان ولو بثمن مؤجل، لأن تنفيذ هذا العقد يتم باستيفاء كل عاقد لما يرتبه العقد وتنقضي به الالتزامات في آنٍ واحد...»[3].

ورغم ما تقدم، لا يجد الباحث ما يمنع من أن يتم تنفيذ عقد التوريد مرة واحدة في وقت واحد إذا اتفق الطرفان على ذلك، وتأكيدا لهذا القول، جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما يلي: «عقد التوريد... يتعهد البائع فيه بتسليم المبيع في المكان والزمان المتفق عليهما في العقد»[4]. ويتضح جليا من منطوق هذا القرار أن المحكمة لا تعطي كبير اهتمام لعنصر الزمن في عقود التوريد إلا بالقدر الذي يتفق عليه المورد والمورد له.

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء السادس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د.ت)، ص167.

(2) قرمان، منير، البيوع التجارية، المرجع السابق، ص106.

(3) منشورات عدالة القانونية، الإصدار السابع 2010.

(4) نقض مدني 27 يونيو 1957 ذكره: قرمان، منير، المرجع السابق، ص106.

كما يلاحظ البعض أن عقد التوريد كما يكون منجما على دفعات، يمكن أن يكون منجزا على دفعة واحدة،[1] وفي نفس الاتجاه، يرى الدكتور عبد الوهاب سليمان أن عقد التوريد في المعاملات التجارية المعاصرة يتخذ إحدى الصورتين التاليتين:

أ. الاتفاق على أن يكون دفع الثمن مؤجلا بحيث يتزامن وتسليم السلعة، أو يتقدم أحدهما على الآخر حسب شروط العقد.

ب. الاتفاق على أن يدفع كل من المتعاقدين مبلغاً من المال يحسب على أساس نسبة من الثمن لضمان التزام كل منهما بالعقد وتنفيذه، ويودع لدى طرف ثالث، على أن يعاد للبائع ما دفعه عند تنفيذه التزامه، ويحسب ما دفعه المشتري كجزء من الثمن الكلي[2].

وفي هذا الصدد، يقول الباحث أن عقد التوريد هو عقد ينقل بموجبه المورد ملكية أشياء منقولة موجودة أو يمكنه إيجادها إلى المورد له مقابل عوض نقدي، ويستوي في ذلك أن يكون تسليم العين محل العقد على دفعات متفرقة أو في شكل دفعة واحدة. ذلك أن التسليم الفوري أو المتعاقب يرتبط أساساً باتفاق الطرفين وبطبيعة المال المورد: فمثلا إذا كان المال المورد نفطا فيكون من المناسب جعل التسليم على دفعات، لأن المورد له لا يحتاج كميات النفط كلها مرة واحدة من جهة، وقد لا يملك مكانا لتخزينها من جهة ثانية، كما قد لا يملك ثمن هذا النفط كله عند إبرام العقد من جهة ثالثة. أما إذا كان المال المورد أجهزة حاسوب ينتجها المورد ضرورية لعمل مصنع المورد له فيكون من الأنسب الاتفاق على تسليمها دفعة واحدة.

أما عن عقد التوريد الذي يبرم لغايات إبرام وتنفيذ عقد التأجير التمويلي فعادة ما يتم التسليم فيه مرة واحدة، ذلك أن المستأجر لم يلجأ أصلاً للتأجير التمويلي إلا بهدف الحصول الفوري والكلي على آلات أو تجهيزات إنتاجية. وعلاوة على ذلك،

---

(1) المطلق، عبد الله بن محمد، المرجع السابق، ص25.

(2) سليمان، عبد الوهاب، عقد التوريد والمناقصات، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي، العدد 12، جدة، السعودية، 2000، ص16 و17.

لا تثور صعوبة في ظل القانون الأردني في وصف علاقة المؤجر بالمورد بعقد التوريد لصراحة النص بهذا الصدد (المشرع الأردني سماه عقد توريد بموجب نص المادة 2 من قانون التأجير التمويلي).

وإن كان عقد التوريد يشبه عقد البيع في أنه تمليك مال بعوض نقدي، إلا أنه يختلف عنه في نقطتين أساسيتين: فأما الأولى فهي أن طرفي عقد التوريد قد يبرمانه للبيع والصناعة معاً[1] «في الأحوال التي يكون فيها المال المورد من صنع المورد وهو ما يعرف بعقد التوريد الصناعي[2]»، وأما الثانية فهي أن عقد التوريد يرد حصرا على المنقولات[3]. ولذلك يرى الباحث أن الأولى والأدق هو الالتزام بالتسمية التي جاء بها المشرع الأردني[4] (عقد التوريد) كتوصيف لعلاقة المؤجر بالمورد، وإن كان لابد من استعمال لفظي (عقد البيع) و(البائع) في هذا الشأن مثلما ورد في كثير من المؤلفات الفقهية[5]، فلا بأس بذلك بشرط أن لا يكون محل البيع من صنع البائع، أما إذا كان الأخير هو نفسه الصانع فمن الأنسب حينئذ وصف علاقته بالمؤجر بعقد التوريد الصناعي متى كان المأجور منقولا وعقد المقاولة متى كان المأجور عقاراً.

إذن، تكيف علاقة المؤجر بالمورد بأنها عقد توريد إذا كان المال المورد من المنقولات. وعلاوة على ذلك، يأخذ هذا العقد الصفة التجارية، إذ يعتبر عقد التوريد

---

(1) عثمان، عبد الحكيم أحمد محمد، المرجع السابق، ص194.
(2) عثمان، عبد الحكيم أحمد محمد، المرجع السابق، ص106.
(3) أحمد، عبد الفضيل محمد، العقود التجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010، ص15.
عثمان، عبد الحكيم أحمد محمد، المرجع السابق، ص102.
(4) في نص الفقرة العاشرة من المادة (02) من قانون التأجير التمويلي الأردني.
(5) مثل:
فخري، رياض، المرجع السابق، ص301.
ناصيف، إلياس، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص155.
خالد، هشام، المرجع السابق، ص256.
فيلالي، بومدين الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الإيجاري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص12.

عملا تجاريا بالنسبة للمؤجر (المورد إليه)، ذلك أن شراء أشياء منقولة بغرض تأجيرها يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا لنص كل من الفقرة الثانية من المادة (06) من قانون التجارة الأردني والفقرة السادسة من المادة (02) من القانون التجاري الجزائري. كما يعد عقد التوريد عملاً تجارياً بالنسبة للمورد إذا مارس التوريد على سبيل الاحتراف[1] بنص الفقرة (هـ) من المادة (06) من قانون التجارة الأردني التي تقابلها الفقرة السادسة من المادة (02) من القانون التجاري الجزائري.

ولا يرد عقد التوريد الذي يبرم لغايات إبرام وتنفيذ عقد التأجير التمويلي على المنقولات كلها، إذ يشترط المشرعان الفرنسي[2] والجزائري[3] أن تكون هذه الأموال المنقولة ذات استعمال مهني أو سلعي أو خدمي، ويترتب على ذلك جواز ورود عمليات التأجير التمويلي على كل الأموال التي يرد عليها التعامل طالما استخدمت لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي أو خدمي، مع استبعاد السلع الاستهلاكية من نطاق تطبيق قانون التأجير التمويلي في كل من فرنسا والجزائر. أما المشرع الأردني[4] فاكتفى باستبعاد الأشياء القابلة للاستهلاك دون اشتراط الاستعمال الإنتاجي أو المهني لمحل العقد، وزاد على ذلك أن استثنى النقود والأوراق التجارية والمالية من المنقولات التي يجوز أن تكون محلا للتأجير التمويلي. وفي سؤال طرحه الباحث على مسجل التأجير التمويلي لدى وزارة الصناعة والتجارة الأردنية حول مصير طلب تسجيل عقد تأجير تمويلي محله بضائع استهلاكية أو نقود أو أسهم أو سندات أو أوراق تجارية، أجاب المسجل بأن مصير مثل هذا الطلب هو الرفض[5].

---

(1) داغمة، نمر صالح محمود، المرجع السابق، ص56.

(2) في الفقرة الأولى من المادة (01) من قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي الفرنسي.

(3) في الفقرة الثالثة من المادة (01) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري.

(4) في الفقرة الرابعة من المادة (02) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

(5) مسجل المأجورات المنقولة لدى وزارة الصناعة والتجارة الأردنية الأستاذة: حدادين، رولا، نفس المقابلة السابقة.

وبصفة عامة، يكون محلا للتأجير التمويلي كل منقول سواء كان ماديا أم معنوياً[1]، وعلى وجه الخصوص، يرد التأجير التمويلي على المعدات الإنتاجية وأدوات العمل والمحلات التجارية والحرفية وعناصرها المعنوية[2].

للإشارة، لا يتم قيد عقد التوريد في سجل المأجورات المنقولة الأردني، وكل ما اشترط القانون[3] تحديده في السجل هو اسم المورد والشخص الذي اختار هذا المورد دون باقي بيانات عقد التوريد[4].

الفرع الثاني: عقد بيع عقاري أو عقد مقاولة

المجال الأساسي لعمليات الليزنغ هي المعدات والتجهيزات الصناعية والحرفية باهظة الثمن[5]، بل إن بعض القوانين[6] تنظم عمليات التأجير التمويلي للمنقولات على سبيل الحصر، إلا أن جميع القوانين محل المقارنة في البحث أجازت أن يرد التأجير التمويلي على عقارات: فقد نصت المادة (01) من القانون الفرنسي المتعلق بالمؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي على ما يلي: «...عمليات التأجير التمويلي المعنية بهذا القانون هي:... 2. العمليات التي تؤجر بمقتضاها مؤسسة عقارا لاستعمال حرفي...»، كما نصت المادة (01) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري على ما يلي: «... يعتبر الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية ومالية: ... – وتتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية». أما في الأردن، فعرفت الفقرة الرابعة من المادة (02) من قانون التأجير التمويلي المأجور كالآتي: «... – كل مال منقول أو غير منقول مما يتحقق

---

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص149.

(2) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، ص39.

(3) طبقا لنص المادة (5/ أ/ 2) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

(4) مسجل المأجورات المنقولة لدى وزارة الصناعة والتجارة الأردنية الأستاذة: حدادين، رولا، نفس المقابلة السابقة.

(5) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص132.

(6) مثل القانون اللبناني، لمزيد من التفصيل انظر: الأحدب، عبد الحميد، المرجع السابق، ص87.

الانتفاع به باستعماله مرارا مع بقاء عينه ولا يشمل النقود أو الأوراق التجارية أو الأوراق المالية...». وبذلك يصبح موقف المشرع الأردني غير مفهوم، إذ عرف عقد التوريد في المادة (02) من قانون التأجير التمويلي – السابق ذكرها – مستبعدا كل إشارة إلى عقد المقاولة أو عقد بيع العقار، إلا إذا كان المشرع الأردني يتوسع في تعريف عقد التوريد ليجعله يشمل العقارات أيضاً. ومهما يكن من أمر يظهر للباحث أن المشرع الأردني وقع في إغفال لا ينبغي الوقوع فيه، وكان من الأفضل لو تضمن قانون التأجير التمويلي كذلك تعريفا لعقدي المقاولة والبيع العقاري حتى تتضح الصورة، وحتى لو سلمنا – جدلاً – أن المشرع الأردني يدخل العقار ضمن محل عقد التوريد على سبيل التوسع، إلا أن في هذا التوسع تحميلا لتعريف عقد التوريد أكثر مما يحتمل.

متى اتضح لدينا أن القانون يجيز أن يكون العقار محلا للتأجير التمويلي فيصبح من البديهي استبعاد عقد التوريد لوصف علاقة المؤجر بصاحب العقار أو بانيه، ذلك أن عقد التوريد يرد حصراً – كما سبق بيانه – على الأموال المنقولة.

ولتوضيح التكييف القانوني للعلاقة بين المؤجر التمويلي ومالك العقار أو مشيده يجب التمييز بين الصورتين الآتيتين: التأجير التمويلي لعقار سبق بناؤه، والتأجير التمويلي لعقار يراد بناؤه.

☐أولاً: التأجير التمويلي لعقار موجود (وجود عقد بيع بين المؤجر وبائع العقار)

قد تدعو الحاجة صاحب مشروع ما للبحث عن بناء معين، فلو سلمنا – فرضاً – أنه وجد عقاراً مبنياً يفي باحتياجاته ويطابق المواصفات التي يتطلبها مشروعه فقد يرغب في الحصول عليه وفق صفقة يتم تمويلها بموجب عقد تأجير تمويلي.

تقوم شركة التأجير التمويلي في الصورة المتقدمة بشراء العقار من مالكه، ثم تمكن المستفيد من الانتفاع به، تماما مثلما تتم عملية التأجير التمويلي للمنقولات[1].

---

(1) Bey et Cavalda: Le crédit-bail immobilier, op cit, page 93.

وفي نفس المعنى، انظر:
بلعاوي، صفاء عمر خالد، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نابلس، فلسطين، 2005، ص42.

وعليه، تكون علاقة المؤجر التمويلي بمالك العقار – في الفروض المماثلة – عقد بيع، ولما كان محل هذا العقد عقارا فيتعين اتخاذ ما تستدعيه الشكلية التي يفرضها القانون في التصرفات الواردة على العقارات، ومن ذلك العقد الرسمي أو العقد العرفي المقرون بالتصديق على توقيعات الأطراف وإجراءات الشهر العقاري، وتشترط عقود التأجير التمويلي على عاتق المستأجر اتخاذ جميع هذه الإجراءات على نفقته بوصفه وكيلا عن شركة التأجير التمويلي[1].

ثانياً: التأجير التمويلي لعقار يراد بناؤه (وجود عقد مقاولة بين المؤجر والمقاول)

في هذه الصورة يكون العقار الذي يبتغي الراغب في الاستئجار الانتفاع به لم يتم بناؤه بعد، وبالتالي يلجأ طالب التأجير التمويلي إلى شركة الليزنغ لتمويل بناء العقار. وهذه هي الصورة الغالبة في عمليات التأجير التمويلي العقاري، إذ نادرا ما يجد المستأجر عقارا مبنيا يفي باحتياجاته ويتفق مع طبيعة النشاط الذي يزاوله، فيكون من الأنسب له أن يطلب تمويل بناء عقار طبقا للخصائص اللازمة لممارسة نشاطه[2].

والمقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد الطرفين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر، وبعبارة أخرى، يقصد بعقد المقاولة ذلك العقد الذي يلتزم فيه شخص بالقيام بعمل مادي، وقد يلتزم أيضا بتوفير المادة التي يتطلبها إنجاز هذا العمل، مقابل حصوله على أجر من المتعاقد الآخر[3].

ويتطلب تمويل بناء العقار مرور العملية بمرحلتين متعاقبتين: يتم في الأولى الحصول على الأرض، ويتم في الثانية بناء العقار[4].

---

(1) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص46.

(2) ناصيف، إلياس، العقود الدولية: عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص198.

(3) ملكاوي، بشار عدنان، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، عمان، الأردن، دار وائل، الطبعة الأولى، 2008، ص201.

(4) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص47.

فتشتري شركة التأجير التمويلي الأرض التي سيقام عليها البناء من الغير أو من المستأجر نفسه، ويترتب على ذلك أن علاقة الشركة بمالك العقار هي عقد بيع.

ثم تأتي مرحلة بناء العقار الذي طلبه المستأجر، وفي سبيل تحقيق ذلك يلجأ المؤجر والمستأجر إلى إفراغ علاقتهما الاتفاقية في قالب قانوني محدد، ويكون هذا القالب إما عقد وكالة يكون فيه المستأجر وكيلا عن شركة التأجير التمويلي، وإما عقد مقاولة يكون فيه المستأجر في مركز المقاول في علاقته بشركة التأجير التمويلي التي تعتبر حينئذ في مركز رب العمل[1].

وفي كل الأحوال، تتولى شركة التأجير التمويلي مهمة تمويل عمليات البناء في حين يتولى المستأجر إدارتها من الوجهة الفنية[2].

إلا أنه يغلب – من الناحية العملية – أن لا يكون المستأجر التمويلي مؤهلا لتولي بناء العقار، أو حتى الإشراف على بنائه، ولذلك يلجأ إلى أحد المقاولين الذين يحترفون أعمال البناء والتشييد. ولا شك في ارتباط المستفيد بمقاول البناء بموجب عقد مقاولة، ولكن تحديد الطرف المتعاقد مع المقاول يتوقف على القالب القانوني الذي أفرغت فيه علاقة شركة التأجير التمويلي مع المستفيد بخصوص بناء العقار. فإن كان القالب المذكور عقد وكالة يكون طرفاً عقد المقاولة هما شركة التأجير التمويلي والمقاول، وتنشأ بالتالي علاقة شخصية مباشرة بينهما (عقد مقاولة). أما إذا تمثل هذا القالب في عقد مقاولة فيكون المستأجر طرفا أصيلا في العقد المبرم مع مقاول البناء، ويصبح في مركز رب العمل إزاء المقاول، ولكن العقد المذكور يأخذ وصف المقاولة من الباطن: فتكون شركة التأجير التمويلي في مركز رب العمل، والمستأجر في مركز المقاول، في حين يصبح مقاول البناء في مركز المقاول من الباطن[3].

---

(1) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص49.
وفي نفس المعنى، انظر:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص102.

(2) Bey et Cavalda: Le crédit bail immobilier, op cit, page 101.

(3) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص50 و51. وسيتم التطرق بالتفصيل لعلاقة المستأجر بالمقاول في الحالات التي يجمع بينهما عقد مقاولة من الباطن في المبحث الثاني من هذا الفصل.

وقد عرفت المادة (549) من القانون المدني الجزائري المقاولة كالآتي: «المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر». وبنص مشابه، عرفت المادة (780) من القانون المدني الأردني المقاولة كالتالي: «المقاولة عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر». وبنفس الطريقة، عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري المقاولة على أنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[1].

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أنه يصح الاتفاق على أن يتعهد المقاول بتقديم العمل فقط، كما يصح أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً، وذلك بنص المادة (550) من القانون المدني الجزائري الذي يقابله نص المادة (781) من القانون المدني الأردني.

الفرع الثالث: مدى استقلال عقد التوريد (أو المقاولة) عن عقد التأجير التمويلي

يقوم التأجير التمويلي للمنقولات على عقدين: **فمن ناحية أولى**، هناك عقد البيع المبرم بين بائع الأصول الإنتاجية والشركة القائمة على نظام التأجير التمويلي. **ومن ناحية ثانية**، هناك عقد الإيجار المبرم بين الشركة القائمة على نظام التأجير التمويلي والمشروع مستأجر الأصول الإنتاجية[2]. وكذلك الأمر في حالة بناء العقار حيث تنقسم العملية أيضا إلى عقدين: عقد المقاولة الذي يبرم بين المقاول من جهة وشركة الليزنغ أو المستأجر من جهة أخرى، وعقد الليزنغ الذي يبرم بين شركة الليزنغ والمستأجر[3].

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، القاهرة، مصر، دار النهضة العربية، 1964، ص5.
(2) خالد، هشام، المرجع السابق، ص256.
(3) ناصيف، إلياس، العقود الدولية: عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص156.

قد يتبادر إلى الأذهان أن مجرد الجزم بوجود عقدين يعني التسليم بوجود استقلالية مطلقة بينهما، ولكن نظرة متأنية إلى القواعد القانونية المنظمة لعقد التأجير التمويلي تكفي لمراجعة الانطباع السابق: بداية، يملك المستأجر حق الرجوع على المورد مباشرة بدعوى ضمان العيوب الخفية للعين المؤجرة[1] رغم أنه لم يرتبط معه بأي عقد، كما أن المؤجر يوقع على عقد تفاوض المستأجر والمورد على بنوده، وفي التأجير التمويلي العقاري يكون المستأجر أحياناً – كما سبق أن رأينا – هو المتعاقد مع المقاول. وعلاوة على ذلك، نظمت كثير من قوانين التأجير التمويلي عقد التوريد[2]، وفرض القانون[3] أيضا على المؤجر إخطار المورد بنيته في تأجير المال واسم مستأجره. من جانب آخر، لا يستطيع المؤجر تنفيذ التزامه بالتسليم ما لم يبرم وينفذ عقد التوريد (أو المقاولة)، كما أن المؤجر لا يبادر إلى إبرام عقد توريد (أو مقاولة) إلا تنفيذا لوعد بالتأجير التمويلي أعطاه للمستأجر، ويسهل تبرير ذلك بوحدة محل كل من عقد البيع وعقد التأجير التمويلي[4]. ومن الجانب العملي، يعتمد تحديد بدل الإيجار ومدة عقد التأجير على الثمن الذي دفعه المؤجر في عقد التوريد، حيث تقوم شركة التأجير التمويلي بتحديد أقساط إيجارية بقيم محددة وبمواعيد معينة تضمن لها استرداد قيمة الأصل المؤجر مضافا إليه هامش الربح الذي تسعى إليه[5]. كل هذه المعطيات تقودنا إلى التساؤل الآتي: هل يستقل عقد التأجير التمويلي فعلا عن عقد التوريد (أو المقاولة)؟ أم أنه توجد علاقة من نوع ما تربط بين هذين العقدين؟

خلت القوانين محل المقارنة في البحث من إجابة صريحة على السؤال أعلاه، ولذلك لجأ الباحث إلى قانون التأجير التمويلي المصري الذي انفرد بمحاولة رسم

---

(1) كما سيأتي تفصيله في المبحث الثاني من هذا الفصل.

(2) مثلما نصت عليه المادة (13) من قانون التأجير التمويلي الأردني والمادة (13) من قانون التأجير التمويلي المصري.

(3) ومثال ذلك نص الفقرة (ب/2) من المادة (12) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

(4) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص554.

(5) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص10.

الملامح الأساسية للإجابة عن هذا السؤال، لتتم بعد ذلك الاستعانة بالفقه والقضاء الذي تعامل مع هذه المسألة لغايات الخروج بجواب للتساؤل السابق.

أولاً: موقف قانون التأجير التمويلي المصري

يظهر من استقراء التشريع المصري المنظم للتأجير التمويلي أن المشرع تعامل مع موضوع مدى استقلال عقدي التأجير التمويلي والتوريد (أو المقاولة) بوضع قاعدة ثم تقرير استثناءات عليها كالآتي:

أ. **المبدأ:** نصت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التأجير التمويلي المصري على ما يلي: «إذا كانت العلاقات التي تنشأ عن عملية التأجير التمويلي في جملتها هي علاقات مزدوجة استثنائية، حيث تقوم بين المؤجر الذي يزاول هذا النشاط والمورد أو المقاول الذي يمده بالمعدات أو الآلات، ثم تقوم علاقة أخرى بين المؤجر والمستأجر، فإن المشروع قد انتهج منهجا يقوم على أن الأصل هو استقلال كل علاقة بأوضاعها وأحكامها. وإن جاز في أحوال خاصة ومحددة أن تنشأ علاقات تقتضيها طبيعة النشاط بين المورد والمستأجر».

كما تنص المادة (22/ 1) من قانون التأجير التمويلي المصري على ما يلي: «لا يترتب على الحكم ببطلان أو بفسخ العقد المبرم بين المورد أو المقاول وبين المؤجر أثر على العقود بين المؤجر والمستأجر».

وبذلك يكون المشرع المصري قد وضع مبدأ استقلال عقد التأجير التمويلي، باعتباره ينظم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، عن غيره من العقود التي تنظم علاقات أخرى ناشئة عن عملية الليزنغ، كعقد وكالة المؤجر للمستأجر بالتفاوض مع المورد واختيار المعدات، وعقد بيع المعدات أو عقد بناء الأبنية الذي ينظم علاقة المؤجر بالمورد أو المقاول[1].

ب. **الاستثناء:** نصت المادة (13) من قانون التأجير التمويلي المصري على ما يلي: «للمستأجر أن يرجع مباشرة على المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ

(1) ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص95.

للمؤجر عن العقد المبرم بينه وبين المورد أو المقاول فيما عدا دعوى فسخ العقد، وذلك دون إخلال بحقوق المؤجر في الرجوع على المورد أو المقاول في هذا الشأن».

كما جاء في الفقرة الأولى من المادة (22) من قانون التأجير التمويلي المصري ما يلي: «... للمورد أو المقاول أن يرجع مباشرة على المستأجر بما له من حقوق قبل المؤجر تكون ناشئة عن الحكم ببطلان أو بفسخ عقده معه، بما لا يجاوز التزامات المستأجر قبل المؤجر».

وتنص الفقرة الثانية من المادة (22) من قانون التأجير التمويلي المصري على ما يلي: «إذا اقتصر الحكم على إنقاص ثمن البيع لعيوب في صناعة المال أو النقص فيه، تعين تخفيض أقساط الأجرة، وثمن البيع المتفق عليه في عقد التأجير بذات النسبة التي خفض بها الثمن ما لم يتفق على غير ذلك».

إذن، يتضح من النصوص القانونية السابقة أن المشرع المصري وضع بعض الاستثناءات على مبدأ استقلال العلاقات الناشئة عن عقد الليزنغ[1]. على أنه يمكن حصر هذه الاستثناءات في ثلاثة أمور هي:

1. حق المستأجر في الرجوع مباشرة على المورد (أو المقاول) بدعاوى يطالب فيها بحقوق ناشئة عن علاقة الأخير بالمؤجر (دعاوى الضمان مثلا)، ويستثنى من هذا الحق دعاوى فسخ عقد التوريد (أو المقاولة).
2. حق المورد (أو المقاول) في رفع دعوى مباشرة ضد المستأجر للمطالبة بحقوق ناشئة عن فسخ أو بطلان عقد التوريد (أو المقاولة).
3. تخفيض الأجرة بسبب تخفيض ثمن المبيع لعيب فيه.

وعليه، يستقل عقد التأجير التمويلي عن عقد التوريد (أو المقاولة) في ظل التشريع المصري، إلا أنه يرد على هذا الأصل العام ثلاث مواضع استثنائية يرتبط فيها العقدان، فأما الأول فهو حق الرجوع المباشر للمستأجر على المورد رغم عدم ارتباطه معه بأي عقد، وأما الثاني فهو حق المورد (أو المقاول) في المطالبة المباشرة للمستأجر

(1) ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص96.

بحقوق ناجمة عن فسخ عقد التوريد (أو المقاولة) مع عدم وجود عقد بينهما، وأما الثالث فهو الأثر المباشر لتخفيض ثمن المبيع على تخفيض قيمة أقساط الأجرة رغم أن الثمن يمثل محل عقد التوريد (أو المقاولة) والأجرة تمثل محل عقد التأجير التمويلي.

ثانياً: موقف الفقه المقارن

في سبيل الإجابة عن مسألة ارتباط عقدي التأجير التمويلي والتوريد (أو المقاولة) من استقلالهما، ذهب البعض إلى القول بوجود علاقتين قانونيتين، الأولى هي علاقة المؤجر بالمورد (أو المقاول)، والثانية هي علاقة المؤجر بالمستأجر، ويبدو واضحا – حسب هؤلاء دائماً – استقلال العلاقتين عن بعضهما البعض. ومع هذا، فإن هناك ارتباطا وثيقا بينهما بحيث تؤثر العلاقة الأولى في الثانية من حيث وجودها أو عدمه، وذلك لانصباب عقد التأجير التمويلي على نفس الأموال التي يشتريها المؤجر[1]، بل إن كل عقد يجد سببه في وجود العقد الآخر.

وفي اتجاه فقهي قريب من الرأي السابق، ذهب أحد الفقهاء إلى القول: يستقل عقد البيع عن عقد التأجير التمويلي، غير أن هذا الاستقلال يأخذ مفهوما خاصا في عملية التأجير التمويلي، حيث تقوم هذه العملية على علاقتين رئيسيتين يجب التمييز بينهما: عقد البيع المبرم بين المؤجر والبائع، وعقد التأجير التمويلي المبرم بين المؤجر والمستأجر، وهما عقدان يظلان مستقلان فلا يتم إبرامهما من قبل نفس الأشخاص، ولا يبدآن في إنتاج آثارهما في نفس اللحظة. ورغم ذلك، لا تظل هذه الاستقلالية مطلقة، بل لها حدود تعود لطبيعة التأجير التمويلي بالأساس، فعقد التأجير التمويلي لا يمكن تنفيذه ما لم يتم تنفيذ عقد البيع، كما أن محل هذين العقدين متطابق. وأكثر من ذلك، يبدو أن المشرع نفسه أقام نوعا من الارتباط بين عقدي التأجير التمويلي والبيع لما عرف التأجير التمويلي بأنه عملية يؤجر فيها المؤجر أصولا تم شراؤها لغرض تأجيرها[2].

---

(1) الخصاونة، صخر، المرجع السابق، ص270. وفي نفس المعنى، انظر: الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص20.

(2) فخري، رياض، المرجع السابق، ص302 و303.

كما يرى البعض أن الحديث عن قاعدة نسبية آثار العقد لا يستقيم في ظل تنفيذ عقد التأجير التمويلي، فرغم وجود عقدين إلا أنهما يرتبطان في الجوانب الآتية:

- وحدة محل العقد.
- وجود طرف مشترك في العقدين (المؤجر التمويلي).
- وجود رابط بين المستأجر والمورد: فمن جهة، يملك الأول الرجوع على الثاني في حالة وجود عيب في المال المؤجر، ومن جهة أخرى يمكن للمورد الرجوع على المستأجر بثمن المبيع (خصوصاً في حالة فسخ عقد التوريد لإفلاس المؤجر)[1].

إلا أن أبرز من تعامل مع المسألة المطروحة هو الأستاذ الفرنسي (T. Bonneau)، إذ قال أن التأجير التمويلي يمثل (مجموعة عقدية Un groupe de contrats) على شكل وحدة تتكون من قسمين مختلفين ومستقلين: عقد التأجير التمويلي وعقد التوريد. ورغم أن الأخيرين من طبيعة مختلفة، حيث ينقل الأول حق الملكية في حين ينقل الثاني حق الانتفاع، ورغم اختلاف أطرافهما، إلا أنهما يكونان مجموعة عقدية ترد على نفس المال وتشكل في مجموعها تقنية اقتصادية واحدة.

ويواصل الأستاذ (T.Bonneau) جوابه كالآتي: شركة التأجير التمويلي طرف مشترك في كلا العقدين، فهي ترتبط مع المورد في عقد التوريد، وترتبط مع المؤجر في عقد التأجير التمويلي، ولذلك لا يوجد أي عقد يربط المستأجر بالمورد. ورغم ذلك، لا تنتفي كل علاقة بين المستأجر والمورد، فمن جهة، يقوم المستأجر بجميع إجراءات بيع المال الذي سيكون محلا للتأجير التمويلي، ومن جهة أخرى، يمارس المستأجر – طبقا لبنود عقد التأجير التمويلي – الطعون ضد المورد إذا ظهرت عيوب في المال المورد والمؤجر. هذه المعطيات تشير إلى أن عقد التأجير التمويلي يشكل وحدة متكاملة وإن كانت تتكون من عناصر مختلفة: فعقد التوريد لا معنى له إلا بوجود عقد التأجير التمويلي، وكذلك من المنطقي أن عقد التأجير التمويلي لا يمكن تنفيذه إلا بتدخل عقد التوريد[2].

---

(1) Kaissi , Muhieddine, op cit, page 65.

(2) Bonneau, Thierry op cit, pages 396 et 397.

وفي الواقع، ظهر للباحث أن الأستاذ (T.Bonneau) يستند في إجابته السابقة على نظرية وضعها قبله الأستاذ (Teyssie) تحت اسم (مجموعات العقود)، إذ تتحقق هذه النظرية إذا وجدت عدة عقود واردة على المحل ذاته، أو كانت جميعا تهدف إلى تحقيق غاية واحدة، مما يؤكد أن مصلحة واحدة هي الدافع إلى إبرامها جميعاً[1]. بل وقد أشار الأستاذ (Teyssie) بصريح العبارة إلى أن التأجير التمويلي يعد صورة من صور مجموعات العقود[2].

وفي تقدير جواب الأستاذ (T.Bonneau) على السؤال محل الدراسة يقول الباحث: لما كان من المسلم به – تشريعاً وفقهاً – أن تنفيذ عقد التأجير التمويلي يتطلب وجود عقدين متمايزين من جهة، ولما كان التشريع – ويسايره الفقه – يقر أيضا بوجود ارتباطات بين هذين العقدين من جهة أخرى، فيكون الأستاذ (T.Bonneau) قد وضع يده على الجرح من خلال تفسيره هذه العلاقات القانونية المركبة بالاستقلال والتكامل لتنفيذ تقنية مستحدثة للتمويل اسمها (التأجير التمويلي). وبعبارة أخرى، تعطي نظرية (المجموعة العقدية) جواباً شافياً لمسألة مدى استقلال عقد التأجير التمويلي عن عقد التوريد (أو المقاولة)، فهي تعترف باستقلال العقدين عن بعضهما البعض دون أن تنفي وجود علاقة بينهما ولو على سبيل الاستثناء، وهي علاقة تطلبها التكامل الموجود بين العقدين لغايات وضع عقد التأجير التمويلي موضع التنفيذ.

وتلك علاقة يطلق عليها الفقيه الفرنسي (Bey) التفاعل العضوي بين عقدي التأجير التمويلي والتوريد[3]. كما اصطلح عليها الدكتور السيد عبد المنعم حافظ السيد (الارتباط بين المجموع العقدي لعملية التأجير التمويلي)[4].

---

(1) Teyssie, les groupes de contrats, lgdi, Paris, 1975, page 33, paragraphe 62.

(2) Teyssie , op.cit, page128.

(3) Bey, de la symbotique dans le leasing et le credit-bails mobiliers, op.cit. p 104.

(4) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص554.

وإن كان من مأخذ يؤخذ على نظرية (المجموعة العقدية) من وجهة نظر الباحث فهو تسميتها، فالمجموعة العقدية قد تتسع لدرجة تعجز معها عن الدلالة على معنى التكامل الموجود بين العقدين، ولذلك يقترح الباحث تسمية هذه النظرية بـ(التكامل العقدي) توخيا للدقة وتفادياً للبس، ذلك أن العقدين مستقلان إلا أن كلا منهما يكمل الآخر، بحيث لا يمكن تنفيذ أحدهما إلا إذا أبرم ونفذ العقد الثاني.

في ذات السياق، نادت الأستاذة (Suchutz) أيضا بالتعامل مع عقد التأجير التمويلي على أنه مجموعة عقدية تتكون من عقدي التأجير والتوريد، إذ تقول: في مجال المجموعات العقدية، تهدف جميع العقود إلى تحقيق غاية أو هدف واحد، مما يستلزم معه تحديد الغرض من إبرام كل عقد منها في إطار هذه الغاية أو الهدف، إذ أن العقود داخل هذه المجموعة تتفاعل ويترابط بعضها مع بعضها الآخر ترابطا وثيقا. وعليه، فإن الارتباط الاقتصادي بين عقد التأجير التمويلي وعقد البيع، ينتج عنه بالضرورة زوال عقد التأجير التمويلي إذا زال عقد البيع لانعدام سببه[1].

ولا يخلو رأي الأستاذة (Suchutz) السابق من إضافة، حيث قدمت دليلا جديدا على ترابط عقد التأجير التمويلي وعقد التوريد (عقد المقاولة)، ذلك أنها ذكرت أن كل عقد يعد سببا للعقد الآخر، وبالتالي يستحيل الحديث عن وجود عقد دون وجود الآخر.

وفي الفقه العربي، اتجه الدكتور نادر عبد العزيز شافي اتجاهاً قريباً من اتجاه من رأوا وجود ترابط بين العلاقات الناشئة في ظل عملية التأجير التمويلي، إذ قال: ينشأ عن عقد الليزنغ علاقات قانونية متشابكة، حيث تمس أكثر من طرفيه، خلافا للعقد التقليدي الذي تقتصر آثاره على أطرافه[2]. واستشهد الأستاذ نادر عبد العزيز شافي في ذلك بقرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية (غرفة مدنية) جاء فيه: «... رغم أن طرفي عقد الليزنغ هما المؤجر والمستأجر فإن هذا العقد هو

---

(1) ورد هذا الرأي في: الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص273.

(2) شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص601.

الذي يكرس العلاقة القانونية الثلاثية الأطراف التي تربط بين بائع الأموال ومشتريها ومستأجرها...»[1].

هذا وقد طبق القضاء الفرنسي النظرية القائلة بأن التأجير التمويلي يمثل مجموعة عقدية في بعض أحكامه، ومثال ذلك ما جاء في قرار صادر بتاريخ 07/ 03/ 1970 عن محكمة تولوز من أن: «التأجير التمويلي يعتبر وحدة مركبة...»[2].

وإذا كان الباحث يتبنى نظرية التكامل العقدي لتفسير علاقة عقد التأجير التمويلي بعقد التوريد، فإن هذه النتيجة يتفرع عنها سؤال جزئي آخر هو: هل يؤدي فسخ أو بطلان عقد التوريد (أو المقاولة) إلى زوال عقد التأجير التمويلي؟

انقسم الفقه والقضاء في فرنسا بصدد التعامل مع هذه المسألة إلى فريقين: فريق أجاب على التساؤل السابق بالإيجاب، وفريق أجاب عنه بالنفي. وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: زوال عقد التأجير التمويلي لزوال عقد التوريد (أو المقاولة)

اتفق أصحاب هذا الاتجاه على مبدأ زوال عقد التأجير التمويلي جراء زوال العقد المبرم بين المؤجر والمورد (أو المقاول)، إلا أنهم اختلفوا في التأصيل القانوني لهذا الأثر، فمنهم من رأى أن العقد يعد باطلا استنادا إلى تخلف ركن السبب، ومنهم من رأى أن العقد يفسخ لعجز المؤجر عن تنفيذ التزاماته[3]. وسيتم فيما يلي عرض رأي القائلين بالبطلان أولا ثم رأي القائلين بالفسخ كما يلي:

---

(1) شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص439.

(2) قرار ذكره:
فيلالي، بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الإيجاري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص10.

(3) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص272. وفي نفس المعنى، انظر:
الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص23.

أ. بطلان عقد التأجير التمويلي بسبب زوال عقد التوريد (أو المقاولة)

تقوم هذه النظرية على أن بطلان عقد التأجير التمويلي يأتي كنتيجة لزوال محله أو سببه[1]، إذ يترتب على زوال عقد التوريد وجوب إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، أي إرجاع العين المؤجرة التي تمثل محل عقد الإيجار إلى المورد، وبالتالي يزول محل عقد التأجير التمويلي[2].

ولذلك، ذهب جانب من الفقه الفرنسي – من أمثال الأستاذ (V.Larroumet) – إلى بطلان عقد التأجير التمويلي إذا حكم ببطلان أو فسخ عقد التوريد (أو المقاولة)، وأسس هؤلاء ذلك على أن التزام المستأجر أصبح من دون سبب، لأن سبب التزامه بدفع الأجرة هو التزام المؤجر بتسليمه العين المؤجرة وإعطائه خيار تملكها في نهاية العقد[3].

في ذات السياق، يرى بعض الفقهاء وجود ارتباط وثيق بين عقد البيع وعقد الاعتماد الإيجاري بحيث إذا بطل الأول فلا أساس لوجود الثاني[4].

ويبدو أن هذا الرأي لم يقم بأكثر من تطبيق القواعد العامة في القانون التي تقرر بطلان العقد إذا لم يكن له سبب[5].

فرغم أن المستأجر لا يمكن له المطالبة بفسخ عقد التأجير التمويلي لعيب خفي في العين المؤجرة (وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية – غرفة تجارية – بتاريخ 4/ 2/ 1980)، إلا أنه يمكن للمستأجر مواجهة المورد بدعوى فسخ عقد التوريد في

---

(1) El-Mokhtar Bey, location financiére–régime conventionnel credit-bail immobilier, op.cit, page 56.

وفي نفس المعنى، انظر:

الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص24.

(2) الصغير، حسام الدين عبد الغني، المرجع السابق، ص30.

(3) Bonneau, Thiery , op cit, page 400.

(4) فيلالي، بومدين، إشكالية تمويل المشروعات الاقتصادية في الوطن العربي، المرجع السابق، ص177.

(5) طبقا لنص المادة 165 من القانون المدني الأردني.

هذه الحالة، وبعد حصوله على حكم الفسخ يمكنه الرجوع على المؤجر بدعوى إبطال عقد التأجير التمويلي. هذا وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية – غرفة مدنية – هذا الطرح في البداية في قرار لها صادر بتاريخ 1/ 2/ 1978، ولكن في قرار لاحق أكثر توفيقاً صادر بتاريخ 4/ 2/ 1980 اعتبرت محكمة النقض الفرنسية – غرفة تجارية – حل عقد البيع يؤدي إلى بطلان عقد التأجير التمويلي لتخلف ركن السبب[1]. ثم أكدت ذات المحكمة هذا التوجه في قرار آخر صدر عن غرفتها المختلطة بتاريخ 23/ 11/ 1990[2].

وفي تطبيق قضائي آخر لهذا الاتجاه قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها[3] صادر بتاريخ 3/ 3/ 1982 ما يلي: «إن فسخ عقد البيع يترتب عليه انتفاء السبب بالنسبة لعقد التأجير التمويلي، ومن ثم فإنه لا يوجد مسوغ لالتزام المستأجر بدفع أقساط الأجرة». وتكرر منطوق هذا الحكم في قرار لاحق[4] صدر عن ذات المحكمة في 10/ 5/ 1982 جاء فيه أن حل عقد البيع يؤدي مبدئيا إلى بطلان عقد التأجير التمويلي لغياب ركن السبب.

ب. فسخ عقد التأجير التمويلي بسبب زوال عقد التوريد (المقاولة)

قال رأي فقهي فرنسي آخر أنه عند زوال عقد البيع وإعادة الأموال المؤجرة إلى البائع فإن المؤجر لا يمكنه عندئذ تنفيذ التزامه في مواجهة المستأجر، مما يؤدي بالنتيجة إلى فسخ العقد. إذ أن الترابط القائم بين الالتزامات المتولدة عن العقد الملزم لجانبين يترتب عليه اعتياديا فسخ العقد عند عدم تنفيذ أحد طرفيه لالتزاماته التعاقدية[5].

---

(1) Galais , Jean Auloy, op cit, page 10, paragraphe 131.

(2) Jauffret, Alfred op cit, page 369.

(3) Cass.civ 3/3/1982 .bull. civ 1982, page84.

قرار قضائي ذكره: د.صخر الخصاونة، المرجع السابق، ص273.

(4) Cass. Com. 10/5/1982. R.T.D. com. 1983. P275.

قرار قضائي ذكره: فخري، رياض، المرجع السابق، ص347 و348.

(5) قرمان، عبد الرحمان السيد، عقد التأجير التمويلي، دار النهضة، القاهرة، مصر، 1999، ص207.

واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى نص المادة (1184) من القانون المدني الفرنسي[1] التي تقرر لكل طرف في العقود الملزمة للجانبين حق المطالبة بفسخ العقد في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لأحد التزاماته العقدية.

وفي تطبيقات قضائية لهذا الاتجاه، ذهبت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار صادر بتاريخ 11/ 12/ 1985 إلى أن زوال عقد البيع يؤدي في كل الحالات إلى فسخ عقد التأجير التمويلي[2]. وجاء في قرار آخر صادر عن الغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23/ 11/ 1990 ما يلي: «زوال عقد البيع يؤدي بالضرورة إلى فسخ عقد التأجير التمويلي، مع مراعاة تطبيق البنود التي تنظم نتائج هذا الفسخ»[3].

ومن خلال ثلاث قرارات صادرة كلها بتاريخ 23/ 11/ 1990، قضت محكمة النقض الفرنسية من خلال غرفتها المختلطة بأن حل عقد البيع يجب أن يؤدي إلى فسخ عقد التأجير التمويلي، لكنها رغبت في جعل هذا المبدأ يقترن بتحفظ مهم، إذ أعلنت أن شروط عقد التأجير التمويلي التي ترمي إلى تسوية نتائج هذا الفسخ يجب أن تظل قائمة، وتطبق حتى بعد اختفاء العقد[4].

ويرى أحد الفقهاء أن عبارات التحفظ الوارد في هذه القرارات غامضة فعلا، ومع ذلك قدر أنها تحمل معنى إمكانية إلزام المستأجر – في حالة فسخ عقد التأجير التمويلي – بعدد من الالتزامات عن طريق بنود العقد نفسه، أولها تحمل مصاريف رد العين إلى المورد، وثانيها تعويض البائع عن قيمة إهلاك الأصل والخسارة التي لحقته جراء حرمانه من الانتفاع بالعين قبل الفسخ. وفي الحالات المماثلة، تعتبر هذه الشروط

---

(1) تقابل نص المادة (119) من القانون المدني الجزائري، ونص المادة (246) من القانون المدني الأردني.

(2) قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية ذكره:

Bonneau, Thiery, op cit, page 399.

(3) Bonneau, Thiery, op cit, page 400.

(4) Cass. Ch. Mixte 23/11/1990. J.C.P. 1991. Ed E.2 No. 20115.

قرارات قضائية ذكرها: فخري، رياض، المرجع السابق، 348.

الاتفاقية – حسب المحكمة – صحيحة وواجبة التطبيق رغم فسخ عقد التأجير التمويلي[1].

وعادت محكمة النقض الفرنسية في قرار لاحق لتعطي بنفسها مثالا عن الشروط الهادفة إلى تسوية آثار عقد التأجير التمويلي، ففي 12/ 10/ 1993 قضت الغرفة التجارية لهذه المحكمة بما يلي: «...الشرط الذي من خلاله يؤمن المؤجر ما فاته من ربح عن طريق دفع تعويض محسوب على أساس الأجرة المتبقية في حالة الفسخ، يمكن تكييفه بالشرط الجزائي القابل للدخول في تعريف البنود التي تهدف إلى تسوية نتائج فسخ عقد التأجير التمويلي، وأن القاضي يستطيع تعديل التعويض الناتج عن هذا البند...»[2].

لو سلمنا – فرضاً – برأي المنادين بفسخ عقد التأجير التمويلي كنتيجة لزوال عقد التوريد (أو المقاولة)، فإن من آثار الفسخ طبقا للقواعد العامة[3] إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإن استحال ذلك حكم بالتعويض. والسؤال هنا هو: هل يمكن تطبيق قاعدة الأثر الرجعي للفسخ في ميدان عقود التأجير التمويلي؟

كقاعدة عامة، للفسخ أثر رجعي في مجال العقود الفورية وليس له هذا الأثر في العقود المستمرة، إذ يقتصر أثر الفسخ في الأخيرة على المستقبل فقط، لأن ما ينفذ منه لا يمكن إرجاعه[4]. فتنفيذ العقد المستمر يكون بالتدريج، ومعنى ذلك أن كل طرف يكون قد أدى جانبا من التزاماته سلفا، فإن أخل أحدهما بتنفيذ أحد الالتزامات بعد ذلك مما أدى إلى فسخ العقد، فلا يصح سحب أثر هذا الفسخ إلى الالتزامات التي نفذت فعلا.

---

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص351 و352 و353.

(2) Cass. Com. 12/10/1993. J.C.P. 1994 ed .E. No. 548. Page 48.

(3) طبقا لنص المادة (122) من القانون المدني الجزائري.

(4) السرحان، عدنان ونوري، خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، عمان،الأردن، دار الثقافة، 2000، ص399.

ولما كان عقد التأجير التمويلي من العقود المستمرة فإن فسخه لا ينسحب أثره إلى الماضي، بل يحدث بالنسبة للمستقبل فقط. وبعبارة أدق، يرتب فسخ عقد التأجير التمويلي أثره من تاريخ وقوعه لا من وقت إبرام العقد.

إذن، لا يكون لفسخ عقد التأجير التمويلي لانحلال عقد التوريد أثر رجعي[1].

ج. تقدير الاتجاهين

وفي مقام المفاضلة بين القائلين بالفسخ والقائلين بالبطلان يقول الباحث: على فرض التسليم بزوال عقد التأجير التمويلي لزوال عقد التوريد (أو المقاولة)، فإن نظرية الفسخ تكون – من الوجهة القانونية – أقدر على تفسير هذا الزوال، ذلك أن زوال عقد التوريد لسبب من الأسباب سيترتب عليه عدم انتقال ملكية المال المأجور من المورد إلى المستأجر، وأولى النتائج المترتبة على ذلك هي عجز المؤجر عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المستأجر في نهاية العقد إن رغب الأخير في ذلك، والجزاء القانوني لعدم التنفيذ هو الفسخ لا البطلان. وعلاوة على ذلك، إذا نشأ العقد صحيحا بين المؤجر والمستأجر فلا يجوز بعد ذلك القول ببطلانه لسبب أجنبي عن العقد، ذلك أن العبرة في توفر أركان العقد هي وقت الانعقاد وليس بعد ذلك.

وقد ذهب البعض إلى أن فسخ عقد التأجير التمويلي لزوال عقد التوريد بالفسخ أو البطلان هو الموقف الذي يمكن للقضاء في الأردن أن يتبناه، باعتباره الأكثر انسجاما مع القواعد العامة[2].

---

(1) أبو حصوة، زياد، عقد التأجير التمويلي (دراسة مقارنة)، بيروت، لبنان، دار الرأي للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2005، ص192.

(2) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص26. وقد دعا هذان الباحثان في نهاية دراستهما المشرع الأردني إلى النص صراحة على فسخ عقد التأجير التمويلي لانحلال عقد التوريد.

ثانياً: بقاء عقد التأجير التمويلي رغم زوال عقد التوريد (أو المقاولة)

يرى الفقيه الفرنسي (T. Bonneau) أنه في حالة زوال عقد البيع فتجب التفرقة بين وضعين:

1. إذا تضمن عقد التأجير التمويلي بندا ينص على التزام المستأجر بعدم الرجوع على المؤجر فيما يخص تنفيذ الالتزامات الناجمة عن عقد التوريد، مقابل نقل المؤجر حقوقه المقررة اتجاه البائع إلى المستأجر، فإن زوال عقد البيع لا يؤدي إلى زوال عقد التأجير التمويلي. ذلك أن التزام المستأجر لا يصبح من دون سبب ما دام الأخير مستمرا بالاستفادة من حق مقاضاة البائع مباشرة.
2. أما في حالة غياب مثل هذا البند فإن زوال عقد البيع يؤدي إلى إبطال عقد التأجير التمويلي[1].

وقد استند اتجاه فقهي آخر في سبيل تبرير رأيه القائل ببقاء عقد التأجير التمويلي على فكرة التحليل الاقتصادي للعقد، إذ يقول هؤلاء ما دام عقد التأجير التمويلي عملية ائتمان تسمح للمستأجر بالحصول على تمويل فعال لممارسة نشاطه الإنتاجي، فإنه يعد بمثابة قرض بضمان، حيث يلعب المؤجر دور المقرض، وما احتفاظه بملكية هذه الأموال المؤجرة إلا على سبيل الضمان. وعليه، يوجد سبب لالتزام المستأجر بدفع الأجرة حتى في حالة زوال عقد البيع ألا وهو التزام المؤجر بمنح الائتمان العيني (تمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر مقابل استمراره في دفع الأجرة) [2].

وفي نفس الاتجاه، يقول البعض: مصير عقد الليزنغ لا يتأثر بمصير عقد البيع في حال إبطاله أو إلغائه، فمصير كل من العقدين منفصل عن الآخر[3].

---

(1) Bonneau, Thierry op cit, page 400.

(2) الخصاونة، صخر، المرجع السابق، ص276.

(3) شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص612.

كما يرى آخرون من أنصار هذا الاتجاه أن عقد التأجير التمويلي لا يزول بانحلال عقد التوريد بل يظل قائما، وبرر هؤلاء ذلك بأن المستأجر يبقى يتمتع بحق مقاضاة المورد حتى لو زال عقد التوريد، ولا يهمه بعد ذلك إن كان المال مملوكا للمؤجر أو عادت ملكيته للمورد(1).

ومن جانب القضاء، قررت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 15/ 01/ 1985 ما يلي: «... في حالة غياب شرط عدم رجوع المستأجر التمويلي على المؤجر التمويلي، فإن حل عقد البيع يؤدي إلى بطلان عقد التأجير التمويلي، أما في حالة وجود شرط عدم الرجوع فإن عقد التأجير التمويلي يبقى رغم زوال عقد البيع...»(2).

ثالثاً: تقدير الاتجاهين

يتبين من المناقشة السابقة أن الفقه والقضاء اتجه – في ظل غياب النص القانوني الصريح – اتجاهين متناقضين، فذهبت طائفة إلى القول بزوال عقد التأجير التمويلي لزوال عقد التوريد، في حين قالت طائفة أخرى ببقاء العقد الأخير رغم زوال العقد الأول. وأمام هذا التباين الصارخ يستحسن وضع كل من الاتجاهين في ميزان التقدير:

أ. الرأي المرجوح

يؤدي القول بزوال عقد التأجير التمويلي لزوال عقد التوريد إلى نتائج اقتصادية وقانونية غير مرغوب فيها، ذلك أن التأجير التمويلي – من الناحية الاقتصادية – يمثل وسيلة تمويل جديرة بالحماية، ومن الناحية القانونية يبدأ عقد التأجير التمويلي بمجرد استلام المستأجر للأموال المؤجرة، وبالتالي لا يعقل أن تبقى علاقة المؤجر والمستأجر غير مستقرة جراء ظهور أسباب بعد انعقاد العقد من شأنها فسخ أو إبطال عقد

---

(1) Bey, El-Mokhtar credit-bail immobilier-regime conventionnel, fasc 652, Juris Class, 20/8/2000, page 25.

(2) V.not Com, 15 janvier1985, bull.civ.4, n25, p20, un arrêt disponible au: Bonneau, Thiery, op cit, page 400.

التوريد. لهذه الاعتبارات وغيرها يبدو أن القول بزوال عقد التأجير التمويلي لزوال عقد التوريد رأي مرجوح.

ب.الرأي الراجح

إذا أردنا أن يعم العدل عملية التأجير التمويلي فلا بد من عدم موافقة من قال بإعلان زوال عقد التأجير التمويلي في حالة حل عقد البيع[1]. بل يجب قبول عدم تأثر عقد التأجير التمويلي ببطلان أو فسخ عقد التوريد، بحيث يبقى العقد الأول قائما إلى نهاية مدته[2].

ونظرا للانتقادات السابقة، يرجح الباحث مذهب القائلين ببقاء عقد التأجير التمويلي رغم زوال عقد التوريد للأسباب الآتية:

1. الهدف الأساسي من وجود عقد التأجير التمويلي هو تمويل المستأجر، ولذلك وجب الحفاظ على عقد التأجير التمويلي قدر الإمكان، وكل قول خلاف ذلك يعني جعل التأجير التمويلي تقنية تمويل محفوفة بالمخاطر، وبالتالي عزوف طالبي التمويل عنها.
2. العبرة في صحة العقد بتاريخ إبرامه. وعليه، لا يستقيم القول بإبطال عقد نشأ صحيحا لسبب تال على انعقاده. وفي هذا الصدد، يستشهد الباحث بقرار محكمة التمييز الأردنية الصادر بتاريخ 23/ 11/ 2005 بصفتها الحقوقية رقم 1730/ 2005 (هيئة خماسية) الذي جاء فيه:

«- من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن العبرة في قيام أركان العقد وللحكم بصحته أو بطلانه هي عند إبرامه لا بعد ذلك...»[3].

---

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص355.

(2) قرمان، عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص206.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1730/ 2005 (هيئة خماسية) تاريخ 23/ 11/ 2005، منشورات عدالة الإلكترونية، الإصدار السابع، 2010.

3. إذا كان صحيحا أن التأجير التمويلي عملية تحتاج إلى إبرام عقدين لتنفيذها، فليس صحيحا أن هذين العقدين يدوران مع بعضهما البعض صحة وبطلاناً، فلكل عقد أركانه وأطرافه.
4. مبدأ نسبية آثار العقد المقرر في القواعد العامة يقتضي عدم زوال أحد العقود لسب أجنبي عنها، وغني عن البيان أن زوال عقد التوريد (أو المقاولة) سبب أجنبي عن عقد التأجير التمويلي. ولذلك يتفق القول باستقلال عقد التأجير التمويلي عن عقد التوريد وجودا وعدما مع مبدأ نسبية آثار العقد[1].
5. التأجير التمويلي عمل تجاري يقوم على الائتمان، والقول بزوال عقد التأجير التمويلي لزوال عقد التوريد يضرب الائتمان الممنوح للمستأجر في الصميم.
6. التسليم بزوال عقد التأجير التمويلي لزوال عقد التوريد يؤدي إلى نتائج قانونية شاذة، من ذلك تضرر المستأجر من فسخ أو بطلان عقد هو من الغير بالنسبة له.
7. عندما حدد المشرع حالات فسخ عقد التأجير التمويلي[2] لم يذكر زوال عقد التوريد كسبب للفسخ، ولو رأى المشرع العكس لصرح بذلك.
8. في حالة فسخ عقد التوريد تقضي القواعد العامة بإرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وإذا استحال ذلك حكم بالتعويض. وفي مجال عقود التأجير التمويلي إذا حكم بفسخ عقد التوريد (أو المقاولة) يمكن للقاضي اعتبار إرجاع المورد (أو المقاول) والمؤجر إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد مستحيلا، وبالتالي يحكم للمورد (أو المقاول) بالتعويض المناسب.

وإن كان الباحث يميل إلى إبقاء عقد التأجير التمويلي حتى وإن زال عقد التوريد للحجج المذكورة، فإنه يسارع إلى التأكيد على حاجة هذه المسألة لمداخلة تشريعية تحسم الموقف.

---

(1) الخصاونة، علاء الدين فواز، المرجع السابق، ص170.
(2) المادتان (19 و20) من قانون التأجير التمويلي الأردني مثلاً.

وأمام هذا الجدل الفقهي والقضائي الناجم عن غياب النص القانوني الصريح في القوانين محل المقارنة في البحث، يحسب للمشرع المصري سبقه التشريعي في القضاء على الاختلافات التي تثيرها مسألة مدى تأثير فسخ أو بطلان عقد التوريد (أو المقاولة) على عقد التأجير التمويلي، إذ تنص المادة (22/ 1) من قانون التأجير التمويلي المصري على ما يلي:

«لا يترتب على الحكم ببطلان أو بفسخ العقد المبرم بين المورد أو المقاول وبين المؤجر أثر على العقود المبرمة بين المؤجر والمستأجر، ومع ذلك يجوز للمورد أو المقاول أن يرجع مباشرة على المستأجر بما له من حقوق قبل المؤجر تكون ناشئة عن الحكم ببطلان أو بفسخ عقد معه، بما لا تجاوز التزامات المستأجر قبل المؤجر».

وفي الواقع، يرى الباحث أن المشرع المصري قد أبدع أيما إبداع في تنظيمه لهذه المسألة، فعلاوة على شرف السبق، اتسم هذا الموقف التشريعي بالدقة اللازمة: إذ تفادى المشرع المصري الاختلافات الفقهية والقضائية السابق بيانها من جهة، وحافظ – بنص صريح – على عقد التأجير التمويلي في حالة زوال عقد التوريد (أو المقاولة) ليصبح وسيلة فعالة للتمويل والائتمان من جهة أخرى. كل ذلك دون أن يهمل المشرع المصري حفظ حقوق المورد (أو المقاول)، حيث أجاز له الرجوع على المستأجر بدعوى مباشرة، ولكن في حدود الالتزامات المقررة لهذا الأخير على المؤجر، أما المؤجر التمويلي فليس بحاجة لمثل هذه الحماية باعتباره لن يتضرر حتى في حالة فسخ عقد التوريد (أو عقد المقاولة) أو بطلانه، ذلك أنه يظل يتقاضى أقساط الأجرة من المستأجر التمويلي. وبعبارة موجزة، يؤدي تطبيق هذه القاعدة القانونية إلى اقتضاء المورد (أو المقاول)[1] التعويض الملائم من المؤجر أو المستأجر، في الوقت ذاته الذي يستمر فيه تنفيذ عقد التأجير التمويلي بصفة عادية. وعليه، يدعو الباحث إلى تكريس هذا النص التشريعي من طرف القوانين محل المقارنة في البحث.

---

(1) لأنه في حالة فسخ عقد التأجير التمويلي يكون المورد هو المتضرر باعتباره أدى التزامه بتسليم المال المأجور دون أن يتلقى المقابل، ذلك أن تسليم العين محل التأجير يمثل نقطة بداية عقد التأجير التمويلي.

المطلب الثاني: الآثار القانونية الناشئة في العلاقة بين المؤجر والمورد (أو المقاول)

في أغلب الحالات، يكون المستأجر المستقبلي صاحب المبادرة في تحريك عملية التأجير التمويلي، حيث يلجأ إلى أحد الموردين لطلب مال بمواصفات محددة مقابل ثمن معين في آجال مناسبة، فإن وافق المورد على شروط طالب التأجير، أرسل بيانا بذلك إلى شركة التأجير التمويلي، وبذلك يكون المورد في حالة إيجاب. وبالنتيجة، يكفي أن تبعث شركة التأجير التمويلي طلبا تظهر فيه نيتها في الشراء لانعقاد عقد التوريد[1]. ولما كان التأجير التمويلي يمكن أن يرد على عقار، فبالقياس على ما سبق، ينعقد عقد المقاولة من تاريخ قبول شركة التأجير التمويلي للاتفاق الذي توصل إليه المستأجر المستقبلي والمقاول. إذن، يمثل تاريخ تلاقي قبول المؤجر مع عرض المورد (أو المقاول) وقت بداية العلاقة بينهما.

ومهما كان القالب الذي تفرغ فيه علاقة المؤجر التمويلي والمورد (أو المقاول) تبعا لكون محل التعاقد منقولا أو عقارا، فإن الآثار القانونية الناجمة في ظل هذه العلاقة تكاد تكون متطابقة، مع مراعاة الاختلافات التي يفرضها تميز التصرفات التي ترد على العقارات عن تلك التي ترد على المنقولات (مثل ركن الشكلية). وعليه، ستمثل التزامات المؤجر التمويلي موضوع الفرع الأول، لتكون التزامات المورد (أو المقاول) عنوانا للفرع الثاني.

الفرع الأول: التزامات المؤجر التمويلي في مواجهة المورد (أو المقاول)

لا تخفى جوانب الخصوصية في عملية شراء محل عقد التأجير التمويلي، فعلاوة على اضطلاع المستأجر باختيار المورد ومفاوضته وتحديد مواصفات العين المؤجرة واستلامها منه، تشتري شركة التأجير التمويلي الأصل ليس لاستعماله، بل لتأجيره إلى المستأجر وفق عقد تأجير تمويلي. ولذلك، لا غرابة في أن يتمثل

---

(1) Galis, Jean Auloy, op.cit., page 5, paragraphe 55 et 61.

وفي نفس المعنى انظر:
قرمان، عبد الرحمان السيد، المرجع السابق، ص53.

الالتزام الأساسي على عاتق المؤجر في علاقته مع المورد (أو المقاول) في دفع الثمن، إضافة إلى التزامات أخرى يفرضها العقد تارة والقانون تارة أخرى، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: الالتزام بدفع الثمن (أو بدل المقاولة)

مع مراعاة الخصوصيات التي تقدم بيانها، يخضع عقد التوريد (أو المقاولة) للأحكام العامة في القانون[1]، ولذلك يلتزم المؤجر بأداء ثمن العين إلى المورد (أو المقاول). وسيتم فيما يلي التطرق إلى هذا الالتزام من حيث مضمونه ومصدره ووقته وجزاء الإخلال به على الترتيب.

أ. مضمون الالتزام

الالتزام بدفع الثمن (أو بدل المقاولة) هو الوجه الآخر لشرط الشراء المسبق (أو البناء) لمحل عقد التأجير التمويلي الذي يتطلبه القانون، فدفع ثمن المبيع (أو بدل المقاولة) هو مصدر الائتمان الممنوح للمستأجر[2]، وبمفهوم المخالفة، يعجز المؤجر التمويلي عن منح ائتمانه للمستأجر التمويلي ما لم يؤد ثمن الأصل (أو بدل المقاولة) إلى المورد (أو المقاول).

وعليه، يلتزم المؤجر بسداد ثمن المأجور (أو بدل المقاولة) المتفق عليه في العقد إلى المورد أو المقاول[3]، فبعد أن يتفق المستأجر مع المورد (أو المقاول) على أوصاف المأجور الذي يرغب في استئجاره، يأتي دور شركة التأجير التمويلي لتمويل هذه الصفقة، فتقوم بشراء المأجور ودفع ثمنه إلى المورد (أو المقاول)، ومن ثم تأجيره إلى المستأجر بمقتضى عقد التأجير التمويلي[4]. ومن الناحية العملية، لا يقوم المؤجر بسداد ثمن المعدات محل التأجير التمويلي إلا بعد التأكد من سلامة بنود عقد البيع التي توصل إليها المستأجر مع المورد (أو المقاول) [5].

---

(1) Thierry Bonneau, op cit, page 397.

(2) Galis , Jean Auloy, op. cit. page 05, paragraphe 64.

(3) الجالي، محمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص36.

(4) الهلسة، عماد أديب، المرجع السابق، ص112.

(5) خالد، هشام، المرجع السابق، ص271.

ويعرف الثمن طبقا للقواعد العامة بأنه المال الذي يلتزم المشتري بأدائه للبائع في مقابل انتقال ملكية المبيع إليه[1]، وبحسب هذا التعريف فإن الثمن قد يكون نقدا أو من غير النقود، لأن كلمة مال تنطبق على المال النقدي وغير النقدي[2]. ويبدو أن المشرع الأردني وراء اتساع مفهوم الثمن لما عرف عقد البيع في نص المادة (465) من القانون المدني كالآتي: «البيع تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض».

إلا أن التعريف السابق للثمن محل نظر، لأنه لا يقيم فرقا بين البيع والمقايضة، فإذا التزم المشتري بأن يقدم للبائع مالا غير النقود كان العقد مقايضة وليس بيعاً[3]. ومن ناحية ثانية، يصعب في مجال عقد التوريد تصور وجود ثمن غير نقدي يدفع للمورد، فهدف هذا الأخير – عادة – هو الحصول على نقود لاقتضاء أرباحه وتمويل مشاريعه. ولذلك، كان على المشرع الأردني الاقتصار على العوض النقدي في عقد البيع.

ولا يثور الإشكال السابق في ظل القانونين الجزائري[4] والفرنسي[5] اللذان يشترطان – صراحة – أن يكون الثمن نقداً.

ب. مصدر الالتزام

يتميز التزام المؤجر بدفع الثمن بأنه له مصدرين، مصدر مباشر يتمثل في العقد، ومصدر غير مباشر يتمثل في القانون. وتوضيح ذلك يأتي في الفقرتين التاليتين:

---

(1) منصور، أمجد محمد، الوجيز في العقود المسماة، البيع والإيجار، عمان، الأردن، دار البركة، الطبعة الأولى، 2006، ص80.

(2) الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان، الأردن، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2004، ص163.

(3) الموقع الإلكتروني:

http://konouz.com

تاريخ تصفح الموقع: 06/ 12/ 2010.

(4) طبقا لنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: «البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي».

(5) طبقا لنص المادة (1853) من القانون المدني الفرنسي.

1. العقد

سواء في التشريعات اللاتينية أو التشريعات الأنجلوسكسونية، يعتبر التمويل هو الغاية التي وجد من أجلها عقد الإيجار التمويلي، فهو إحدى وسائل تمويل الاستثمارات التي تلجأ إليها المشاريع من أجل تلبية حاجاتها الاقتصادية، كما يحقق هذا العقد فوائد مالية للممول (شركة الإيجار التمويلي) من خلال المكاسب المالية التي يهدف إلى الحصول عليها[1]، إلا أن مسألة غاية في الدقة قد ثارت في هذا الصدد: هل ينشأ الالتزام بدفع الثمن عن عقد التأجير التمويلي أم عقد التوريد (أو المقاولة)؟

لا ينكر الفقه الفرنسي عنصر التمويل في عقد التأجير التمويلي، إلا أن الخلاف ثار حول مدى اعتباره ركنا من أركان العقد، فكيف البعض عقد التأجير التمويلي على أنه قرض لإبراز التمويل كالتزام رئيسي من التزامات شركة التأجير التمويلي[2]، بينما يرى البعض الآخر التمويل ليس من آثار عقد التأجير التمويلي، فإن كان يمكن تحليل التأجير التمويلي من الوجهة الاقتصادية باعتباره عقد قرض يتم إهلاكه خلال مدة التأجير، إلا أنه من الوجهة القانونية لا يقوم إلا بوصفه عقد إيجار[3].

هذا وقد صادفت الباحث مؤلفات فقهية عدة[4] صنفت – بقصد أو بلا قصد – التزام المؤجر بالتمويل (دفع الثمن) على رأس آثار عقد التأجير التمويلي.

أما الرأي الراجح – من وجهة نظر الباحث – فقد أجاب على السؤال السابق كما يلي: «لا يذكر عقد التأجير التمويلي صراحة التزام الشركة بتمويل الأصل المؤجر، مما لا يجوز معه القول بأن عقد التأجير التمويلي بمفهومه الضيق يرتب على عاتق شركة التأجير التمويلي التزاماً بالتمويل، وإنما يقتصر محل هذا العقد على تمكين المستأجر من

---

(1) شافي، نادر عبد العزيز، المرجع السابق، ص198.

(2) Calon: credit bail immobilier et statut des baux commerciaux, JCP,.1977, pqge 04.
نقلا عن دويدار، هاني محمد، طبعة 1998، ص296.

(3) Bey et Cavalda, le credit bail mobilier, op . cit. page 30.

(4) مثل: الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص162 وما بعدها، وناصيف، إلياس المرجع السابق، ص299.

الانتفاع بالعين المؤجرة»[1]. وفي موقف مقارب، يذهب رأي آخر أن التمويل لا يدخل – من الناحية القانونية – ضمن التزامات المؤجر الناجمة عن عقد الاعتماد الإيجاري، إذ تدور جل هذه الأخير حول قيامه بتسليم المال المؤجر إلى المستأجر[2].

وفي موضع آخر، يجزم أحد الفقهاء بأن مصدر التزام المؤجر بالتمويل هو عقد التوريد (أو المقاولة) إذ يقول: «ليس خافياً على أحد أن تنفيذ الالتزام بالتمويل يكون اتجاه البائع أو المقاول وليس اتجاه المستأجر طالب التمويل، ولا يقتضيه سوى حرص شركة التأجير التمويلي على تملك المال المؤجر، وتكتسب الشركة هذه الملكية من البائع أو المقاول بحسب الأحوال»[3].

أما الحجج التي استند عليها هذا الفقيه فهي:

1. إذا كان صحيحا أن عقد التأجير التمويلي يتوقف على إبرام وتنفيذ عقد التوريد (أو المقاولة)، فإنه من غير الصحيح الخلط بين الالتزامات الناشئة عن العقدين، ذلك أن كل عقد مستقل عن الآخر.
2. الالتزام بالتمويل ينشأ قبل بدء سريان عقد التأجير التمويلي، فشركة التأجير التمويلي تتملك الأصل أولا، ثم تؤجره ثانياً[4].
3. إذا كان الإخلال بإبرام أو تنفيذ أي من العقود اللازمة لوضع عقد التأجير التمويلي موضع التنفيذ راجعاً إلى محض إرادة شركة التأجير التمويلي فلا شك في إثارة مسؤوليتها التعاقدية، ولكن يكفي في هذا الصدد إثارة إخلالها بالتزامها بتمكين المستفيد من الانتفاع بالأصل[5].

يستنتج مما سبق أن الالتزام بالتمويل يجد مصدره في عقد التوريد (أو المقاولة)،

---

(1) دويدار، هاني محمد، المرجع السابق، ص296.
(2) فيلالي، بومدين، الجوانب القانونية والاقتصادية للاعتماد الإيجاري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص119.
(3) دويدار، هاني محمد، المرجع السابق، ص297.
(4) دويدار، هاني محمد، المرجع السابق، ص297.
(5) دويدار، هاني محمد، المرجع السابق، ص298.

ويلتزم المؤجر بهذا الالتزام في مواجهة المورد (أو المقاول) وحده. وعلاوة على البراهين – التي يراها الباحث دامغة – المذكورة سابقا، يضيف الباحث الحجتين التاليتين:

- يجب عدم الخلط بين الهدف من العقد – أو ما يعرف قانونا بـ(ركن السبب) – ومصدر الالتزام، فغاية المستأجر هي الحصول على تمويل، إلا أنه لما اختار التأجير التمويلي لتحقيق ذلك، فإن عملية التأجير التمويلي تقوم – من الناحية القانونية – على عقدي التأجير التمويلي والتوريد (أو المقاولة)، فإن كان الأول يلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالأصل المؤجر، فإن الثاني هو من يلزم المؤجر بدفع ثمن هذا الأصل إلى المورد (أو المقاول).
- لما كانت هذه الدراسة قانونية فإن من نافلة القول أن طرفي عقد التأجير التمويلي هما المؤجر والمستأجر، وهذا هو ما يعرف لدى الفقه الفرنسي بـ(التأجير التمويلي بالمعنى الضيق). وعليه، لا شك أن كل الالتزامات الناشئة بين المؤجر والمورد (أو المقاول) – ومن بينها الالتزام بالتمويل – تخرج عن عقد التأجير التمويلي بالمفهوم القانوني.

2. التشريع:

لا يملك المؤجر في عقد التأجير التمويلي – عادة – الأصل محل العقد، بل يقوم بشرائه[1]، وتتميز عملية الشراء هذه بخصوصية مفادها أن المستأجر هو الذي يقوم – من الناحية العملية – باختيار العين المؤجرة والمورد واستلام المأجور نيابة عن المؤجر. وتخضع هذه العملية للقواعد العامة في القانون المدني، حيث أنّ العقد المبرم بين المؤجر والمورّد هو عقد توريد[2] (قد يكون عقد مقاولة حسب الأحوال)، في حين

(1) الصغير، حسام الدين عبد الغني، المرجع السابق، ص31.

(2) عرف المشرع الأردني عقد التوريد في المادة (02) من قانون التأجير التمويلي رقم 45 لسنة 2008 كما يلي: «عقد التوريد هو العقد الذي تنتقل بموجبه ملكية المأجور من المورد إلى المؤجر».

يمارس المستأجر الحقوق المذكورة سابقا على أساس أحكام الوكالة(1). إلا أنه ليس بالضرورة أن يكون البائع من الغير، بل يمكن أن يكون المستأجر نفسه، فيبيع العين إلى المؤجر ثم يستأجرها تمويليا منه، إذ يحدث كثيراً – في العمل – أن تكون التجهيزات محل التأجير التمويلي مباعة من نفس المستأجر، خصوصاً في مجال الأجهزة الإلكترونية(2).

في هذا السياق، يشترط المشرع أن يكون المؤجر قد سبق له شراء المال من أجل تأجيره إلى المستفيد، وبالتالي فإنه يعتد بالدور المالي الذي تقوم به شركات التأجير التمويلي التي لا تعدو أن تكون وسيطا ماليا في تداول الأصول الإنتاجية(3).

وبعبارة مساوية، يقوم المؤجر بشراء الأشياء محل العقد تنفيذا لعقد التأجير التمويلي(4)، وهذا ما يعرف بشرط الشراء المسبق لمحل هذا النوع من العقود.

فالأموال المعنية بقانون التأجير التمويلي يجب أن تشترى لغاية تأجيرها، وحتى لو لم تتم عملية الشراء فعلا، فيتعين على شركة التأجير التمويلي أن تتعهد في بنود العقد بشراء الأموال المحددة على نفقتها. وفي جميع الحالات، يجب أن تكون الأموال محل العقد مشتراة، أما إذا كان المال المؤجر من صنع المؤجر نفسه فلا يطبق على هذا التصرف قانون التأجير التمويلي(5).

---

(1) عرفت المادة (571) من القانون المدني الجزائري الوكالة على النحو التالي: «الوكالة أو الإنابة عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه».
كما عرفت المادة (833) من القانون المدني الأردني الوكالة كما يلي: «الوكالة عقد يقيم بمقتضاه شخص شخصا آخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم».

(2) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص139.

(3) Kaissi, Muhieddine op.cit, page 63.

وفي نفس المعنى انظر:
دويدار، هاني محمد، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص20.

(4) Galis, Jean Auloy, page 5, paragraphe 61.

وفي نفس المعنى انظر:
Bonneau, Thierry op cit, page 394.

(5) Bonneau, Thierry op cit, page 397.

ومعنى ذلك أن المشرع إذ اشترط شراء محل عقد التأجير التمويلي يكون قد اشترط إبرام المؤجر عقد توريد (أو مقاولة)، وأول ما يترتب على المؤجر جراء إبرام هذا العقد الأخير هو الالتزام بالتمويل، ومن هنا كان القانون – في حد ذاته – (المصدر البعيد) أو (المصدر غير المباشر) لالتزام المؤجر بالتمويل.

وفي هذا الصدد، أوجب المشرع الفرنسي في المادة (01) من قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي شراء المال من طرف المؤجر ثم تأجيره بعد ذلك للمستأجر، ونص هذه المادة كالآتي: «عمليات التأجير التمويلي المعنية بهذا القانون هي: 1. عمليات تأجير تجهيزات ومعدات وآلات مشتراة بغرض التأجير من طرف مؤسسات بهدف تأجيرها...»[1]. كما يبدو أن المشرع الأردني يرى في الشراء المسبق للمال شرطا لإضفاء وصف التأجير التمويلي على العقد، حيث نصت المادة (03) من قانون التأجير التمويلي الأردني على ما يلي: «يكون العقد عقد تأجير تمويلي، إذا تحقق فيه الشرطان التاليان وبغض النظر عن شموله أو عدم شموله خيار الشراء: 1. أن يكون تملك المؤجر للمأجور من المورد بهدف تأجيره بموجب عقد التأجير...». أما المشرع الجزائري فلم يشترط خيار الشراء المسبق، بل يظهر من خلال بعض نصوص مواد قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري أنه يمكن للمؤجر تأجير مال يملكه سلفا وفق عقد اعتماد إيجاري، ومثال ذلك نص المادة (09) من هذا القانون الذي أجاز صراحة لشركة الاعتماد الإيجاري تأجير محل تجاري أو مؤسسة حرفية من ملكها، كما اعتبرت المادة (02) من ذات القانون عمليات الاعتماد الإيجاري طريقة تمويل لاقتناء الأصول أو استعمالها، وإذا كانت كلمة (اقتناء) الواردة في هذه المادة تعني شراء الأصل فإن كلمة (استعمال) توحي بأن الأصل كان مملوكا للمؤجر، ثم مكن المستأجر من استعماله عن طريق عقد اعتماد إيجاري.

---

(1) ترجمة: د.سامي منصور، خصائص عقد الليزنغ في القانون اللبناني، بحث منشور في مجلة العدل، العدد 02، بيروت، لبنان، 2009، ص426. والمجلة منشورة على الموقع الإلكتروني:
www.bba.org.lb.pdf
تاريخ تصفح الموقع: 11/ 09/ 2010.

يتضح مما سبق وجود فرق بين موقفي كل من المشرعين الفرنسي والأردني ومسلك المشرع الجزائري، إذ لم يشترط الأخير – على خلاف نظيريه – الشراء المسبق للأصل المؤجر. وإن كان لابد من وضع هذه الاتجاهات التشريعية في ميزان التقدير، فيؤيد الباحث توجه كل من المشرعين الفرنسي والأردني من خلال اشتراطهما الشراء المسبق للأصول قبل تأجيرها تمويليا، ذلك أن هذا الشرط هو الذي يؤكد الطابع الاقتصادي التمويلي للعملية، وفي غياب شرط الشراء المسبق تصبح العملية أشبه إلى بيع بالتقسيط لممتلكات المؤجر، وبالتالي يعجز التأجير التمويلي بهذه الصورة عن لعب دوره في دفع وتيرة الاستثمارات، لأنه لا يسمح للمورد أو المقاول بتصريف السلع والمنتجات مع قبض أثمانها فورا، كما يجعل المستأجر في موقع سيء لاختيار ما يحتاجه من أصول إنتاجية، ذلك أنه يجب عليه أولا البحث عن مورد أو مقاول يقبل بتقاضي أقساط الأجرة على مدى مدة ليست بالقصيرة. زبدة الحديث في هذا المقام هي أن اشتراط شراء المؤجر للأصل مسبقا ثم تأجيره تمويليا للمستأجر أجدى اقتصادياً.

ومن جانب القضاء، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية – غرفة تجارية – في قرار لها صادر بتاريخ 13/ 4/ 1976 أن العملية التي يؤجر فيها مصنع منتجاته حتى ولو تضمنت وعدا بالبيع لصالح المستأجر في نهاية مدة الإيجار، فإن هذه العملية لا تعد تأجيراً تمويلياً[1].

هذا ويتخذ التمويل شكل استئجار، ويكون في حدود المبلغ المبيّن في العقد وهو الثمن المحدد لاقتناء الأشياء محل عقد الاعتماد الإيجاري[2].

ختاماً، يلتزم المؤجر بدفع ثمن الأموال محل العقد في مواجهة المورد، والتزام المؤجر بالتمويل هو التزام معلّق على شرط اكتسابه ملكية الأصل المؤجر، رغم أن التفاوض واختيار المأجور والمؤجر يبقى في الغالب من عمل المستأجر. وعليه، يتحمل

(1) قرار ذكره: الأحدب، عبد الحميد، عقد الليزنغ، المرجع السابق، ص38.
(2) حوالف، عبد الصمد، المرجع السابق، ص87.

هذا الأخير جميع تبعات عدم تحقق ذلك الشرط[1]. ويجد الالتزام بالتمويل مصدره المباشر في عقد التوريد (أو المقاولة)، وبما أن المشرع يشترط في قوانين التأجير التمويلي شرط شراء محل العقد، فيكون القانون هو المصدر غير المباشر للالتزام بالتمويل.

ج. وقت أداء الالتزام

بمجرد صدور قبول شركة التأجير التمويلي تمويل الصفقة، يشترط المورد – عادة – أن تقدم شركة التأجير التمويلي دفعا تحت الحساب[2]، أو ما يعرف بالدفعة المقدمة كما سماها البند (15) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية. ويمكن تفسير مثل هذا الاشتراط برغبة المورد في الحصول على دليل على حسن نية المؤجر للمضي قدما في تنفيذ العقد.

إلا أن من خصوصيات عقد التوريد المبرم بين المؤجر التمويلي والمورد ما جرت عليه العادة من تعليق شركات التأجير التمويلي التزامها بدفع الثمن على شرط تحرير محضر استلام من قبل المورد والمستأجر، وهدف المؤجر من ذلك واضح، فهو يرغب في أن يظل يتحرك في مجال محدد هو تمويل العملية دون أن يدخل في إشكالات الرجوع على المورد لعدم قيامه بالتسليم. وإن كان الاتفاق مستقرا على أن المؤجر يلتزم بأداء الثمن بتاريخ تحرير محضر الاستلام تطبيقا لبنود عقد التأجير التمويلي، إلا أن خلافاً فقهياً قام بين من يعتبر المحضر ركنا من أركان عقد التوريد ومن بين من يعد المحضر شرطا من شروط تنفيذ هذا العقد، ولذلك يعود تقدير هذا الأمر للقاضي، آخذا بعين الاعتبار البحث عن نية الأطراف وظروف التعاقد[3].

في ذات السياق، يقول البعض: ينشأ التزام المؤجر بدفع ثمن المأجور فور تلقي المؤجر محضر الاستلام الموقع من قبل المستأجر والمورد دلالة على أن المأجور مطابق للشروط والمواصفات المحددة في العقد[4].

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص 164.

(2) Galais , Jean Auloy, op. cit, page 05, paragraphe 62.

(3) فخري، رياض، المرجع السابق، ص99.

(4) الهلسة، عماد أديب، المرجع السابق، ص112.

ومن جانب القضاء، جاء في قرار صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5/ 7/ 1989 ما يلي: «...يلتزم المؤجر التمويلي بدفع الثمن عند رؤية محضر الاستلام وبعد تسلم المعدة من قبل المستأجر...»[1].

إذن، عندما يتم التسليم يحرر محضر بذلك، ثم يوجه المورد الفاتورة إلى شركة التأجير التمويلي، وحينئذ تقوم الأخيرة بأداء الثمن مرة واحدة أو على دفعات متتالية حسب الاتفاق[2].

د. جزاء الإخلال بالالتزام

يجوز للمورد – طبقا للقواعد العامة – أن يطالب بفسخ عقد التوريد مع التعويض إذا تخلف طالب التوريد عن أداء الثمن[3].

فقد يحدث أن تمتنع شركة التأجير التمويلي عن تنفيذ التزامها بالتمويل، ونظرا لتشابك العلاقات القانونية الناشئة لغايات تنفيذ عقد الليزنغ من جهة، وتعدد التصرفات القانونية اللازمة لوضع عقد التأجير التمويلي موضع التنفيذ من جهة ثانية، يطرح مثل هذا الامتناع مشاكل قانونية جمة لتحديد المسؤولية عنه، خصوصا أن عقد التأجير التمويلي يمر من الناحية العملية بمراحل متعددة وغير متزامنة. لذلك سنناقش فيما يأتي مسؤولية المؤجر عن الإخلال بالتزامه التمويلي (السؤال الأول)، ثم نعرض لمدى إمكانية مساءلة المستأجر عن هذا الإخلال (السؤال الثاني).

إذن، ما يثير التساؤل في هذا المقام هو: ماذا لو رفض المؤجر التمويلي الوفاء بالثمن؟

رفض التمويل واحد من أهم صور التنازع في ميدان التأجير التمويلي، حيث تجهض أحيانا عمليات الليزنغ منذ البداية بسبب رفض شركة التأجير التمويلي القيام بالتمويل[4]، إذ يمكن تصور أن المؤجر قد يرفض تمويل المستأجر بما يحتاج إليه من

---

(1) قرار قضائي ذكره: فخري، رياض، المرجع السابق، ص89.

(2) Galais , Jean Auloy, op. cit. page 05, paragraphe 64.

(3) البكري، محمد عزمي، المرجع السابق، ص331.

(4) Galais , Jean Auloy, op.cit. page8 paragraphe 117, 118.

أصول إنتاجية. ولبيان مدى مسؤولية المؤجر على امتناعه عن التمويل، تجب التفرقة بين ما إذا كان عقد التأجير التمويلي قد أبرم أم لم يبرم بعد:

ففي الحالة الأولى يكون المؤجر قد أخلّ بالتزام تعاقدي، الأمر الذي يستوجب قيام مسؤوليته التعاقدية دون شك في مواجهة المورد إذا كان الأخير يملك سند طلب (وصل طلبية) صادر عن شركة التأجير التمويلي[1]. كما يمكن للمستأجر في هذه الحالة إثارة مسؤولية شركة التأجير التمويلي عن إخلالها بالتزامها بتمكينه من الانتفاع بالأصل[2]. وحسب أحد الفقهاء، حتى لو رفضت شركة التأجير التمويلي تمويل الصفقة نتيجة تقييم جديد للعملية في الفترة بين توقيع العقد وبين بعث وصل الطلبية للمورد فلا يمكن إجبارها على دفع الثمن، وكل ما يملكه المستأجر في الأوضاع المماثلة هو طلب تعويضات[3].

إلا أن الغالب – من الناحية العملية – هو أن ترفض شركة التأجير التمويلي القيام بالتمويل في وقت يكون فيه عقد التأجير التمويلي لم يوقع بعد، وفي مثل هذه الأحوال يصعب القول بقيام مسؤولية شركة التأجير التمويلي، لأنه لا توجد مؤسسة مالية في حالة إيجاب دائم، وإنما تغير عروضها بتغير أوضاع السوق بناء على دراسات الجدوى التي تقوم بها[4]. فإذا كان هذا الرفض قبل إبرام عقد الاعتماد الإيجاري، فهنا لا يكون المؤجر مسؤولا تجاه المستأجر ولا المورد (أو المقاول)، لأنّ له الحرية في قبول العرض الصادر عن صاحب المشروع أو رفضه. ذلك أن المؤجر قبل كل شيء هو مؤسسة مالية تبغي الحصول على منفعة مادية[5].

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص164. في نفس المعنى، انظر: الصغير، حسام الدين عبد الغني، المرجع السابق، ص31.

(2) دويدار، هاني محمد، المرجع السابق، ص298.

(3) Champaud , Claude, le leasing, J.G.P 1965, I.1954.

(4) Galais , Jean Auloy, op cit, ,page 8 paragraphe 118.

(5) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص165.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن السبيل الوحيد الممكن تصوره لمطالبة شركة الليزنغ في مثل هذه الأوضاع، هو إقامة مسؤوليتها على أساس أحكام التعسف في استعمال الحق، لامتناعها عن إبرام عقد التأجير التمويلي دون سبب معقول[1]. فإذا رفض المؤجر التمويلي التمويل قبل إبرام عقد التأجير دون توخ لنفع أو درء لضرر، وكان في الوقت ذاته ضاراً بمصالح المستأجر، يكون حينئذ هذا الرفض تعسفا في استعمال الحق يوجب التعويض (طبقا لنص المادة 66 من القانون المدني الأردني الذي تقابله نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري)، ويجوز للمستأجر حينئذ المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي لحق به، ولا يستطيع المؤجر التمويلي دفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب المستأجر مرجعه المستأجر نفسه أو قوة قاهرة[2].

وفي الواقع، حاول الباحث التنقيب في القوانين محل المقارنة في هذه الدراسة (تشريعات فرنسا والجزائر والأردن) عن نص قانوني يحسم مسألة مدى مسؤولية رفض المؤجر التمويل قبل إبرام العقد فلم يجد. وفي المقابل، وجد الباحث الحل في قانون آخر هو قانون الموجبات والعقود اللبناني، إذ نصت المادة 181 من هذا القانون على ما يلي:

«من يوجه إليه العرض يكون في الأساس حرا في الرفض ولا يتحمل تبعة ما بامتناعه عن التعاقد، بيد أن الأمر يكون على خلاف ذلك إذا أوجد هو نفسه حالة من شأنها أن تستدرج العرض. ففي هذه الحالة يجب أن يستند امتناعه عن التعاقد إلى أسباب حرية بالقبول، وإلا كان امتناعه استبداديا وجاز أن تلزمه التبعة في هذا الوجه». ومعنى ذلك أن من يوجد وضعا من شأنه أن يستحث الجمهور على التعاقد (كالتاجر وصاحب الفندق وصاحب المطعم وشركة التأجير التمويلي في مجال دراستنا...) يجب أن يكون رفضه قبول التعاقد مبنيا على أسباب معقولة تحت طائلة قيام مسؤوليته عن الرفض.

---

(1) Galais, Jean Auloy, op cit, page 9 paragraphe 119.

(2) القلاب، بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص227.

ولكن، هل يمكن تصور قيام مسؤولية المستأجر في مواجهة المورد عن عدم قيام المؤجر بتمويل مشروعه؟

في الواقع، رغم أن بعض الفقهاء يرون أن المستأجر إذا تسرع واتفق مع المورد أو المقاول، ظنا منه أنه سيوقع عقد التأجير التمويلي مع المؤجر، فإن لم يتحقق ذلك فإن المستأجر وحده يكون مسؤولا اتجاه المورد دون المؤجر[1]، إلا أن الإجابة على السؤال أعلاه تحتاج – من وجهة نظر الباحث – إلى شيء من التفصيل على النحو الآتي:

1. **حالة توقيع عقد التأجير التمويلي:** إذا بادر المستأجر إلى طلب العين المؤجرة من المورد بعد إبرامه عقد التأجير التمويلي مع المؤجر فلا يمكن بأي حال من الأحوال مساءلته عن عدم وفاء المؤجر بالتزامه التمويلي، ذلك أن المستأجر في مثل هذه الأوضاع يمكنه الدفع بعقد التأجير التمويلي الذي يلزم المؤجر بالتمويل لا المستأجر[2].
2. **حالة عدم توقيع عقد التأجير التمويلي:** يمكن أن نتصور أن طالب التأجير التمويلي يبادر إلى مطالبة المورد بآلات الإنتاج قبل توقيع عقد التأجير التمويلي، في مثل هذه الأحوال يمكن أن يتضرر المورد من عدم قيام شركة التأجير التمويلي بتمويل شراء هذه الآلات، ولذلك يبحث المورد عن سبل مساءلة المستأجر الذي طلب الآلات مستندا في ذلك على بنود سند الطلب.

بعض سندات الطلب تكون مرفقة بتحفظات تجعل طلب الراغب في الحصول على تأجير تمويلي متوقفا على إتمام إبرام عقد التأجير التمويلي، في هذه الحالة ينذر طلب التوريد – في حد ذاته – المورد بإمكانية عدم قيام شركة التأجير التمويلي بالتمويل، خصوصا أن المورد عادة ما يكون تاجرا، والتاجر العادي يفترض أن يكون على قدر من الحرص واليقظة. وعليه، إذا رفضت شركة التأجير التمويلي القيام

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص165.

(2) ويلزمه بذلك القانون أيضا طبقا لنصوص المواد: (01) من قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي الفرنسي، (01) من قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري، (03) من قانون التأجير التمويلي الأردني.

بالتمويل فلا يمكن للمورد – على وجه الإطلاق – مساءلة طالب التأجير التمويلي عن امتناع شركة الليزنغ عن التمويل، لأن طلب التوريد في هكذا حالات ليس نهائيا (وهو ما أكدته محكمة رين الفرنسية بتاريخ 7/ 4/ 1970)[1].

أما في حالة وجود طلب توريد نهائي ثم رفضت شركة التأجير التمويلي تمويل المشروع، فالحل يختلف كما يلي:

إذا أعلم طالب التوريد المورد بأنه سيحصل على ثمن المال المورد من شركة التأجير التمويلي التي يأمل في أن تموله تأجيرياً فيمكن للمورد هنا أن يرجع على طالب التوريد باعتباره متعهدا عن الغير (تعهد بالحصول على موافقة شركة التأجير التمويلي على التمويل) مستندا على طلب التوريد النهائي، وذلك إعمالا لنص المادة (1120) من القانون المدني الفرنسي.

أما إذا لم يبلغ طالب التوريد المورد بأنه سيحصل على ثمن المال المورد من شركة التأجير التمويلي التي يأمل في أن تموله تأجيرياً فيمكن للمورد مساءلته كمشتر عاد تأسيسا على نظرية الوضع الظاهر، ذلك أن غلط المورد في صفة طالب التوريد هو (غلط شرعي) أوقعه فيه طالب التوريد بتقصيره، وفي هذه الحالة تكون مسؤولية طالب التوريد أشد باعتباره مسؤولاً لوحده عن دفع ثمن المال المورد كما لو كان شخصيا هو المشتري له[2].

ويكون الأمر كذلك أيضا لو استلم المستأجر التجهيزات مباشرة من الصانع أو المورد قبل الاتصال بشركة الليزنغ وأخذ موافقتها، وإنما أشار في وثيقة الاستلام أن العملية سوف تتم باللجوء إلى تقنية الليزنغ دون أن يحدد اسم الشركة أو عنوانها، في هذه الحالة أيضا يوجد عقد بيع تام ملزم يسأل المستأجر – في حالة امتناع المؤجر عن التمويل – شخصياً عن النكول في تنفيذه[3].

---

(1) Galais , Jean Auloy, op cit, page 9 paragraphe 121.

(2) Galais , Jean Auloy, op cit, page 9 paragraphe 122.

(3) مزهر، حبيب، المرجع السابق، ص66.

يتضح مما سبق أن امتناع شركة التأجير التمويلي عن التمويل قد يعصف بعملية التأجير التمويلي في بدايتها، وهو تصرف خطير ينبغي أن يواجهه المشرع بقواعد أكثر صرامة لردع شركات الليزنغ عن ارتكابه (سن عقوبات جزائية في حق المؤجر الممتنع عن التمويل دون مبرر مثلاً...).

ثانياً: الالتزام بالإخطار

يتدخل القانون في أكثر من موضع لترتيب بعض الالتزامات في ميدان عقود التأجير التمويلي، ويهدف المشرع من ذلك إلى تنظيم أكثر لمثل هذه العقود مراعيا خصوصيتها القانونية وهدفها الاقتصادي، من ذلك إلزام المؤجر بإعلام المورد بعدد من البيانات تفاديا لكل لبس.

وفي هذا الصدد، ينص البندان 2 و3 من الفقرة (ب) من المادة (12) من قانون التأجير التمويلي الأردني على ما يلي: «ب. يلتزم المؤجر بما يلي: ...

2. إشعار المورد خطيا عند إبرام عقد التوريد عن نيته في تأجير المال المطلوب توريده وفق أحكام هذا القانون ومع الإعلان عن اسم المستأجر في الإشعار المذكور.
3. إشعار المورد خطيا عن اسم أي مستأجر آخر للمأجور وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علم المؤجر باسم المستأجر الآخر...».

وإعمالا لهذا النص، يلتزم المؤجر بإخطار المورد (أو المقاول) بأنه لم يقدم على شراء المال إلا بغرض تأجيره وفق عقد تأجير تمويلي، كما يلتزم المورد بإشعار المورد باسم المستأجر، وفي حالة تأجير تمويلي من الباطن للمال المورد، أو تأجيره إلى مستأجر جديد لفسخ العقد الأول أو انتهائه بلا تجديد ولا شراء، يلتزم المؤجر بإعلام المورد باسم المستأجر الجديد في أجل ثلاثين يوما من تاريخ علمه باسم هذا الأخير.

وهذه مداخلة تشريعية في محلها من منظور الباحث، فمن المستساغ أن يعلم المورد (أو المقاول) وجود عقد تأجير تمويلي للمال المورد واسم مستأجره، خصوصا إذا علمنا أن الأخير هو من سيستلم العين منه علاوة على أنه يملك حق الرجوع عليه مباشرة (مثلما سيأتي تفصيله في المبحث الثاني من هذا الفصل).

وإذ يستحسن الباحث الموقف السابق للمشرع الأردني، يلاحظ – في نفس الوقت – تغييباً غير مبرر للنص على التزام المؤجر بإعلام المورد بنية التأجير واسم المستأجر من طرف المشرعين الفرنسي والجزائري.

الفرع الثاني: التزامات المورد (أو المقاول) في مواجهة المؤجر

تتمثل حقوق مورد المال أو مقاول البناء في تقاضي الثمن (أو بدل المقاولة) والحصول على إخطار من المؤجر بنية التأجير واسم المستأجر. وفي المقابل، يرتب عقد التوريد (أو المقاولة) تارة وقانون التأجير التمويلي تارة أخرى عددا من الالتزامات على كاهل المورد أو المقاول، حيث يشترك الأخيران في أربع التزامات هي: نقل الملكية والتسليم وتحرير محضر الاستلام والضمان، في حين ينفرد المقاول بالتزامين آخرين هما: تنفيذ العمل والمحافظة على الأشياء المسلمة إليه. وبيان ذلك في الفقرتين الآتيتين:

الفقرة الأولى: الالتزامات المشتركة بين المورد والمقاول (أو بائع العقار)

أولا: الالتزام بنقل الملكية

أول ما يترتب على وفاء المؤجر بالثمن هو انتقال ملكية الأشياء محل العقد إليه[1]. إذ أن التزام شركة الليزنغ بالتمويل يكون معلقاً على شرط اكتسابها ملكية الأموال موضوع التمويل[2].

ولما كان عقد التوريد لا يربط إلا شركة التأجير التمويلي بالمورد[3]، فيكون من المناسب – في هذه المرحلة من البحث – الاتفاق على أن ملكية العين المؤجرة تنتقل من المورد (أو المقاول) إلى المؤجر دون غيره، فلا يؤثر – من الوجهة القانونية – اختيار واستلام واستعمال هذه العين من قبل المستأجر على ملكية المؤجر لها.

(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص163.
(2) ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص299.
(3) Bonneau, Thierry op.cit. page 397.

والالتزام بنقل الملكية – طبقاً للقواعد العامة – يعني أن يقوم المالك بالأعمال التي يستلزمها القانون لنقل هذا الحق إلى الطرف الآخر[1] من جهة، وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلاً[2] من جهة أخرى.

وفي ميدان عقود التوريد أو المقاولة التي تبرم تنفيذا لعقود التأجير التمويلي، لا يخرج نقل الملكية عن أحد الصور الثلاثة التالية:

أ. **نقل ملكية المنقول:** إذا كان محل العقد منقولا فتطبق القواعد العامة لانتقال الملكية في بيع المنقول، ومعنى ذلك: إذا كان المبيع منقولا معينا بالذات فإن ملكيته تنتقل بمجرد تمام العقد، فالعقد ذاته هو الذي ينقل الملكية، حتى ولو لم يمكن تسلمه فعلاً[3]، أما ملكية المنقول المعين بالنوع فلا تنتقل إلا بعد إفرازها من طرف البائع[4]. وعلاوة على ذلك، هناك المنقولات[5] التي يكون لها سجلات خاصة يلزم أن يتم تسجيل البيع فيها لدى الدائرة المختصة تحت طائلة البطلان[6].

ب. **نقل ملكية العقار الذي سبق بناؤه:** إذا كان محل العقد عقارا موجودا فيخضع نقل الملكية للقواعد العامة المتعلقة ببيع العقار، وبعبارة أكثر تفصيلا: في الأردن، ينبغي

---

(1) منصور، أمجد محمد، الوجيز في العقود المسماة، البيع والإيجار، عمان، الأردن، دار البركة، الطبعة الأولى، 2006، ص95.

(2) طبقا لنص المادة 361 من القانون المدني الجزائري.

(3) طبقا لنصي المادتين (362 و165) من القانون المدني الجزائري، اللذان يقابلان نصي المادتين (485 و1146) من القانون المدني الأردني.

(4) طبقا لنص المادة (166) من القانون المدني الجزائري الذي يقابل نص المادة (1147) من القانون المدني الأردني.

(5) مثل المركبات إذ تنص المادة (7) من قانون السير الأردني رقم 47 لسنة 2001 على ما يلي: «تعتبر معاملات نقل ملكية المركبات ورهنها وسائر التصرفات القانونية المتعلقة بها باطلة ما لم يتم تسجيلها وتوثيقها في إدارة الترخيص...»، وهذا ما قررته أيضا محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 454/ 2002 المنشور بتاريخ 28/ 2/ 2002 بالمجلة القضائية والذي جاء فيه: «يعتبر عقد بيع المركبة باطلا إذا لم يتم تسجيله في دائرة الترخيص...».

(6) منصور، أمجد محمد، المرجع السابق، ص96 و98.

التفريق بين العقار الذي تمت تسويته[1] والعقار الذي لم تتم تسويته، إذ يعد التسجيل ركنا في بيع الأول دون بيع الثاني. ومفاد ذلك أن بيع عقار تمت تسويته دون تسجيله لدى الدائرة المختصة ليس له قيمة قانونية، إذ يعد هذا العقد باطلا. أما بيع العقار الذي لم تتم تسويته فتنتقل الملكية فيه ولو لم يتم تسجيله أمام الموظف المختص بدائرة التسجيل متى توفرت الشروط القانونية. وفي المقابل، يختلف الأمر في القانون الجزائري اختلافاً كلياً، حيث تنتقل ملكية العقار بالشهر لا بالعقد. وإذا لم يتم إشهار عقد بيع العقار فإن العقد يكون صحيحا، لكن لا يرتب إلا التزامات شخصية بين طرفيه[2]، فالملكية لا تنتقل إلى المشتري، لكن الالتزامات المنصبة على الطرفين بموجب عقد البيع تبقى سارية المفعول مثل الالتزام بالتسليم وبالضمان ودفع الثمن واتخاذ إجراءات الشهر. أما في القانون الفرنسي[3] فإن الإشهار في بيوع العقارات ليس شرطا لنقل الملكية فيما بين المتعاقدين، ولكن الهدف منه هو إعلام الغير بأن العقار تم التصرف فيه. ويعني ذلك أن تلك التصرفات الواردة على عقار لا يمكن الاحتجاج بها على الغير إن لم يتم شهرها. فإن تصرف البائع ببيعها ثانية قبل الشهر فإن هذا التصرف الأخير يبقى صحيحا رغم أنها بيعت من قبل لمشتر لآخر. وعلى ذلك لا يحتج بالبيع على الغير المكتسب لحق منافس على العقار إلا من تاريخ إشهاره، ولغاية ذلك التاريخ تبقى الحقوق التي تصرف فيها البائع صحيحة، ويحسم النزاع بين مشترين للعقار نفسه بواسطة تاريخ إشهار البيع فيكون العقار للأسبق كما هو عليه الحال بخصوص

---

(1) تعني التسوية تسوية جميع المسائل والاختلافات المتعلقة بأي حق تصرف أو حق تملك بالأرض أو المياه أو حق منفعة فيها أو أية حقوق متعلقة بها وقابلة للتسجيل وفقاً لما هو محدد في قانون تسوية الأراضي والمياه، لمزيد من التفصيل، انظر:
الزعبي، محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان، الأردن، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 2006، ص240.

(2) طبقا لنص المادة (324) مكرر (1) والمادة (793) من القانون المدني الجزائري.

(3) فقد أخضع المرسوم الفرنسي المؤرخ في 04 يناير 1955 كل تصرف منصب على حق عيني عقاري (ملكية، ارتفاق، انتفاع، الخ...) للإشهار تحت طائلة عدم الاحتجاج به في مواجهة الغير.

الرهن الرسمي. غير أن القضاء الفرنسي خفف من آلية هذا الحل باللجوء إلى فرضية حسن النية، فمن يكتسب حقا من البائع وهو عارف بوجود بيع آخر حتى ولم يكن قد أشهر بعد، لا يستطيع الاستفادة من قواعد الإشهار العقاري[1].

ج. **نقل ملكية عقار يراد بناؤه:** على خلاف الصورتين السابقتين، تثير هذه الحالة لبسا في حاجة إلى توضيح، ذلك أن المقاول – أحياناً – هو الذي يورد المواد اللازمة لصنع الشيء، فمن الواضح – في مثل هذه الأوضاع – أن التعاقد مع هذا المقاول يترتب عليه أثران: التزام بالقيام بعمل، والتزام بنقل الملكية. فإذا علمنا أن عقد المقاولة – طبقاً للقواعد العامة – من العقود الواردة على العمل، وعقد البيع من العقود الواردة على الملكية، فلعل السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان هو: هل نحن بصدد عقد مقاولة محله صنع شيء أم نحن بصدد عقد بيع محله شيء مستقبل؟ وفي صياغة أخرى للتساؤل السابق: في الحالة المذكورة سابقا، هل تنتقل الملكية بعقد البيع أم عقد المقاولة؟

يطلق الفقه على العقد الذي يكون محله صنع أشياء، ويكون الصانع فيه هو الذي يورد المواد اللازمة لذلك (عقد الاستصناع)، ويترتب في نهاية هذا العقد صنع الشيء المتفق عليه وانتقال ملكيته إلى رب العمل[2]. وبعبارة مساوية، إذا أخذت المقاولة صورة الاستصناع، بأن قدم المقاول فضلا عن عمله، المواد اللازمة لصنع الشيء، فإنه يترتب على تنفيذها أن يصبح رب العمل مالكا للشيء الذي صنعه المقاول لحسابه، وفي هذه الصورة تعتبر المقاولة عقداً منشئاً وناقلاً للملكية[3].

---

(1) انظر الموقع الإلكتروني:

www.constantine25000.com

تاريخ تصفح الموقع: 26/ 12/ 2011.

(2) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص21.

(3) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص145.

وبالقدر الذي أعطى عقد الاستصناع تفسيرا لهذا النوع من العقود أوقع الفقه والقضاء في اختلاف حول تكييفه، وسنعرض – بإيجاز – للآراء التي قيلت في هذا الصدد:

1. **عقد الاستصناع عقد مختلط:** فهو مزيج من عقدي المقاولة والبيع، لأن أحكام أي من هذين العقدين منفردة لا تكفي لمواجهة المسائل التي يثيرها عقد الاستصناع[1].

ولكن هذا الرأي وإن بدا أنه يسد النقص إلا أن ينتج عن الأخذ به صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام البيع مع أحكام المقاولة، كما هو الأمر فيما يخص طبيعة العوض وتحديده[2]، وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة[3]، وبدء سريان الفوائد[4]، وحق الامتياز[5]. ومعنى ذلك أنه لا بد من المفاضلة بين العقدين.

2. **عقد الاستصناع مقاولة ابتداء وبيع انتهاء:** فهو عقد مقاولة ما دام الشيء لم يتم صنعه بعد، فإذا انتهى الصنع تحول العقد إلى بيع ينقل الملكية إلى المشتري[6].

وعيب هذا الرأي واضح، فالتكييف يتم وقت الانعقاد، ولا يجوز أن يتغير وصف العقد بين وقت تكوينه ووقت تنفيذه، فضلا على أن المقاول يضمن عمله

---

(1) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص21.

(2) يجب تحديد مقدار الثمن في البيع مسبقا تحت طائلة البطلان المطلق، وعكس ذلك، لا يشترط تحديد الأجر سلفا عند إبرام عقد المقاولة.

(3) لايجوز لأي من البائع والمشتري التحلل من التزاماتهما الناشئة عن عقد البيع، في حين يملك رب العمل إنهاء عقد المقاولة بإرادته المنفردة.

(4) في البيع تسري الفوائد على الثمن من يوم إعذار البائع للمشتري أو من يوم تسليم المبيع إليه إذا كان قابلا لإنتاج الثمرات أو إيرادات أخرى، وفي المقاولة يتم احتساب الفوائد على الأجر المستحقة للمقاول من تاريخ المطالبة القضائية.

(5) يملك البائع حق امتياز على المبيع سواء كان منقولا أو عقارا ضمانا لاستيفاء الثمن المستحق له، في حين لا يملك المقاول مثل هذا الامتياز في عقد المقاولة إلا إذا كان العمل الذي عهد به إليه هو تشييد أبنية أو صيانتها.

(6) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص22.

مدة معينة بعد صنع الشيء، ومؤدى ذلك أن المقاولة تظل ولا تنقضي بمجرد إتمام الصنع.

3. **الاستصناع عقد بيع لشيء مستقبل:** يستند هذا الرأي إلى أن ما واجهه المتعاقدان عند إبرام العقد ليس العمل المكلف به الصانع، بل الشيء المصنوع، أي أن أصحاب هذا التوجه يضفون على الاستصناع صبغة البيع(1).

ولكن، يعيب الرأي السابق أنه لا ينظر إلا أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد، ألا وهو نقل الملكية. أما التزام المقاول بصنع الشيء فأهمله هؤلاء دون مبرر، رغم أن هذا الالتزام ليس التزاماً ثانوياً حتى لو قيس بنقل الملكية، بل يظل جوهر عقد الاستصناع.

4. **الاستصناع قد يكون بيعا وقد يكون مقاولة بحسب الأحوال:** في رأي رجحه الفقه والقضاء، ذهب البعض إلى أن تكييف الاستصناع يتم على ضوء المقارنة بين قيمة عمل المقاول وقيمة المواد المستخدمة في الصنع: فإذا كانت قيمة المواد أكبر من قيمة العمل كنا بصدد بيع لشيء مستقبل، وانطبقت أحكام البيع مع مراعاة أن المبيع غير موجود وقت إبرام العقد. أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المواد المستخدمة في الصنع، فإن العقد يكون مقاولة، ويخضع لأحكامها مع مراعاة أن المقاول هو الذي قدم المواد المستخدمة في صنع الشيء.

ويطبق أنصار هذا الرأي النظرية السابقة على تشييد بناء بمواد قدمها المقاول على أرض مملوكة لرب العمل، فيقولون أن هذا العقد مقاولة، على أساس أن رب العمل هو الذي يقدم الأصل (العقار)، وبالتالي تعتبر المواد التي يشارك بها المقاول فرعية مقارنة بهذا الأصل(2).

ورغم أن هذا الرأي حقق قدرا من الإجماع إلا أنه لم يسلم من الانتقاد، فالأساس أو المعيار لوصف العقد أنه مقاولة أو بيع مرن غير محدد في ظل هذه النظرية، إذ

---

(1) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص22.

(2) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص24.

ليس من السهل أن نحدد العنصر الأساسي في عقد الاستصناع هل هو العمل أم المواد المستخدمة في صنع الشيء. فمثلا، يصعب تحديد القيمة الكبرى بين عقار مساحته خمسمائة متر مملوك لرب العمل يراد بناء عمارة مكونة من ثلاثين طابقا بمواد يقدمها المقاول، كما أن قيمة الشيء تتغير بتغير المكان والزمان، فلا يعقل أن يكيف العقد بيعا في مكان محدد ومقاولة في مكان ثان. وتزداد هذه النظرية تعرضا للانتقاد في الحالات التي تتساوى فيها قيمة المواد مع قيمة العمل، إذ لا تجد سبيلا للتطبيق.

5. **الاستصناع عقد مقاولة:** يرى اتجاه فقهي خامس أن العقد الذي يلتزم فيه شخص بصنع شيء من مواد يقدمها من عنده فإن العقد يعد عقد مقاولة. فموضوع الالتزام – حسب هؤلاء – هو التزام المتعهد بعمل معين (صنع شيء ما)، وبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المتعهد أنه أوفى بالتزامه. ولا يؤثر على ذلك أن يترتب على صنع الشيء تملك رب العمل له، فالعقد ورد في الأصل على تقديم العمل، وما تملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول إلا نتيجة ضرورية ولازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل[1].

وبعبارة أوجز، يصنف أصحاب هذا الرأي عقد الاستصناع ضمن العقود الناقلة للملكية، تماما مثلما هو حال البيع والمقايضة والشركة والصلح.

وتكيف محكمة التمييز الأردنية بدورها مثل هذا العقد على أنه مقاولة، إذ جاء في قرارها رقم 3145/ 2006 (هيئة خماسية) تاريخ 15/ 2/ 2007 ما يلي: «... يستفاد من المادة (780) من القانون المدني... وأنه بمقتضى المادة 781 من نفس القانون ...وبتطبيق هاتين المادتين على الاتفاقية المبرمة بين المدعي والمدعى عليها فإن المدعى عليها تعهدت بحفر بئر ماء في مزرعة وأرض المدعي في منطقة (الكمشة) ضمن شروط خاصة ومواصفات متفق عليها وبدل يقوم بدفعه المدعى لقاء ما تنجزه المدعى عليها من أعمال الحفر، مما يستدل منه أن العقد المبرم بين الطرفين هو عقد مقاولة وتنطبق

(1) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص27.

عليه الأحكام الواردة في المواد (780–804) من القانون المدني من جهة توقيعه والتزامات المقاول والتزامات صاحب العمل وانقضاء عقد المقاولة وقد حددت هذه المواد ما يجب على كل طرف تجاه الآخر...»[1].

وفي تقييم هذا الرأي، يرى أحد الأساتذة أن هذا الاتجاه الفقهي هو الجدير بالإتباع، وهو الذي يتفق مع مسلك المشرع إذ عرف المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، ويستفاد من ذلك أن المشرع يقيم فرقا بين تقديم العمل فقط وتقديم العمل والمادة معا (وهي الصورة التي سماها الفقه عقد الاستصناع)، ولكن الصورتين تدخلان تحت عقد المقاولة. كما أن المشرع قرر مسؤولية المقاول عن جودة المادة التي يقدمها، ولو كان العقد بيعا لاكتفى بأحكام الضمان الواردة في باب البيع. وعلاوة على ذلك، أجاز المشرع لرب العمل أن يتحلل من العقد في أي وقت قبل إتمامه دون تفرقة بين حالتي تقديم المواد من طرف المقاول أو رب العمل، ومن نافلة القول التذكير أن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة من خصائص عقد المقاولة التي لا يجوز إعمالها في عقد البيع[2].

وفي تقدير الباحث لرأي القائلين بأن عقد الاستصناع صورة من صور عقد المقاولة، يبدو – كذلك – أن هذا القول هو عين الصواب. ففضلا عما استدل به الأستاذ محمد لبيب شنب سابقا، يضيف الباحث أن الجمود هو الآفة التي ينبغي أن يبتعد عنها رجل القانون، فعقد الاستصناع وإن كان تعوزه مداخلة تشريعية ترتب نقله للملكية، إلا أن عجز كل من عقد البيع منفردا وعقدي البيع والمقاولة مجتمعين -كما سبق تفصيله- على تفسير آثاره من جهة، واستقراء روح النصوص القانونية الموجودة المنظمة للبيع والمقاولة من جهة أخرى يعطي الاقتناع بأن عقد المقاولة – بدوره – ينقل الملكية متى اتخذت صورة الاستصناع، على شرط أن يكون محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول.

---

(1) منشورات عدالة، الإصدار السابع، 2010.

(2) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص27 و28.

ولكن، يتفرع عن الاستنتاج السابق التساؤل التالي: في أي وقت تنتقل ملكية الشيء محل المقاولة التي تأخذ صورة الاستصناع؟

يرى البعض أن الملكية تنتقل في هذه الحالة متى وجد الشيء بتمام صنعه وتعين بذاته، دون حاجة إلى أي إجراء آخر، على أساس قاعدة انتقال ملكية الشيء المعين بالذات بمجرد إبرام العقد. إلا أن رأيا آخرا يذهب إلى أن انتقال الملكية في هذا الوقت لا يمكن أن يكون نهائيا، لأن رب العمل يستطيع أن يرفض الشيء إذا وجده غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، ولا يسقط حقه هذا إلا قام بمعاينة الشيء وقبله، ولذلك يبدو أكثر اتفاقا مع طبيعة عقد الاستصناع أن الملكية تنتقل من وقت انتهاء صنع الشيء وقبول رب العمل له[1].

وخلاصة الأمر كله في هذا المقام هي أن عقد الاستصناع يعتبر عقد مقاولة، أي من العقود الواردة على العمل، ولكنه أيضا عقد منشئ للملكية، إذ يترتب على تنفيذه أن يصبح رب العمل مالكا للشيء المصنوع لحسابه[2].

وبتطبيق هذه النتيجة على عقد المقاولة الذي يبرم تنفيذا لعقد تأجير تمويلي لعقار يراد بناؤه، يسهل علينا التوصل إلى أن الملكية تنتقل من المقاول إلى المؤجر وفق عقد مقاولة في صورة استصناع، مع التذكير دائماً على أن هذه المقاولة قد تأخذ شكل مقاولة من الباطن، إذا أفرغ المؤجر والمستأجر اتفاقهما في شكل مقاولة، يكون رب العمل فيها هو المؤجر والمقاول هو المستأجر والمقاول الثاني هو مقاول البناء، وفي هذه الحالة تنتقل الملكية من المقاول الثاني إلى رب العمل (المؤجر التمويلي).

ثانياً: الالتزام بالتسليم

يلتزم البائع – طبقاً للقواعد العامة – بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع[3]. والتسليم يتم إما حقيقة بأن يمكن البائع المشتري من حيازة المبيع ويخلي بينه

---

(1) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص146 و148.

(2) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص29.

(3) الزعبي، محمد يوسف، المرجع السابق، ص287.

وبين العين المبيعة مع الإذن له بقبضه، وإما حكما إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري على أن التسليم قد تم، أو بناء على نص قانوني بذلك[1].

أما عن مكان التسليم فهو مكان وجود المبيع وقت إبرام العقد، إلا أن يتضمن العقد أو يقتضي العرف إرسال المبيع إلى المشتري فيتم التسليم – عندئذ – في مكان الوصول. وفيما يخص زمان التسليم فهو تاريخ تمام العقد ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك. بقي التذكير أن نفقات التسليم تكون على البائع ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

وعليه، يلتزم مورد المال أو بائع العقار بتسليم محل العقد إلى المؤجر التمويلي طبقا للقواعد العامة السابقة.

وفي عقود المقاولة، يعرف التسليم بأنه تصرف مؤداه استيلاء صاحب العمل على العمل المنجز أو المادة المستصنعة بعد أن يضعه – أو يضعها – المقاول تحت تصرفه[2]. فمحل التسليم في المقاولة هو العمل المطلوب إنجازه، فإذا كان المقاول هو الذي قدم المادة وجب عليه تسليمها مصنوعة على النحو المتفق عليه، أما إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فإن المقاول يلتزم بردها بعد أن يجري فيها العمل المطلوب من تحويل أو تحسين أو تصليح[3]. وبالطبع يلتزم المقاول برد ما بقي من المادة السابق تقديمها من رب العمل لإنجاز عقد المقاولة[4].

وفي كل الأحوال، يتسم تسليم محل العقد في عقد التوريد (أو المقاولة) بميزة خاصة، ذلك أن المورد – من الناحية العملية – يسلم العين موضوع العقد مباشرة

---

(1) منصور، أمجد محمد، المرجع السابق، ص110.

(2) المومني، أحمد سعيد، التزامات صاحب العمل وانقضاء المقاولة، عمان، الأردن، جمعية عمال المطابع التعاونية، الطبعة الأولى، 1989، ص40.

(3) فتحية قرة، أحكام عقد المقاولة، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1987، ص131.

(4) الشهاوي، قدري عبد الفتاح، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 2001، ص140.

إلى المستأجر لا المؤجر[1]. فلا يعدم المستأجر التمويلي كل دور في تنفيذ عقد التوريد، فزيادة على أن المال من اختياره، يضطلع – عادة – باستلامه رأسا من المورد[2]. وأكثر من ذلك، يمثل وقت التسليم لحظة بداية أداءات المستأجر التمويلي إزاء شركة التأجير التمويلي[3].

ثالثاً: الالتزام بتحرير محضر الاستلام

يلتزم المورد (أو المقاول) بتحرير محضر استلام مع المستأجر[4]. فبمجرد تسليم المال محل العقد ينظم المورد والمستأجر محضرا بأن التسليم قد تم على الوجه المتفق عليه، ويلعب هذا المحضر دورا مهما في مجال تنفيذ عقد التأجير التمويلي، إذ لا يمكن عن الحديث عن توكيل المؤجر للمستأجر في الرجوع على المورد بالضمان إلا من تاريخ تنظيم محضر الاستلام[5]، كما لا يقوم المؤجر – من الناحية العملية – بدفع الثمن إلا بعد تلقي فاتورة من المورد مرفقة بمحضر الاستلام، وأخيرا يعد التوقيع على محضر الاستلام قرينة قانونية على أن العين المسلمة مطابقة لبنود العقد.

رابعاً: الالتزام بالضمان

لا يكفي – طبقاً للقواعد العامة – أن يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري وتسليمه العين المبيعة، ولكن ينبغي فضلا عن ذلك أن يضمن له انتفاعا هادئا بالمبيع، دونما معوقات مصدرها البائع أو الغير بسبب يرجع للبائع أو خلل في العين المبيعة نفسها[6]. وهذا ما يعبر عنه قانونا بالتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية.

فأما ضمان التعرض فمعناه أن يمنع البائع تعرضه الشخصي سواء كان ماديا أم قانونيا عن المشتري من جهة، ويمنع التعرض القانوني للغير لهذا المشتري من جهة

(1) Galais , Jean -Auloy, op. cit, page 05, paragraphe 63.

(2) Bonneau, Thierry op. cit. pages 397 et 398.

(3) د.هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص274.

(4) Bonneau, Thierry op. cit. page 398.

(5) Galais , Jean Auloy, op. cit., page 05, paragraphe 63.

(6) منصور، أمجد محمد، المرجع السابق، ص118.

أخرى. فإذا لم يتمكن البائع من إيقاف هذا التعرض القانوني للغير على ملكية المبيع، بحيث استحق هذا الغير المبيع، فيجب على البائع – حينئذ – التعويض على المشتري عن الأضرار التي لحقته، وهذا ما يسمى بضمان الاستحقاق[1]. والالتزام بضمان التعرض والاستحقاق يتقرر بنص القانون دون حاجة للاتفاق عليه[2].

وفي مجال عقد البيع الذي يبرم تنفيذا لعقد تأجير تمويلي تجد قواعد ضمان التعرض والاستحقاق السابقة طريقها إلى التطبيق بصورة عادية، يستوي أن يرد ذاك البيع على منقول أو عقار سبق بناؤه، فيضمن البائع تعرضه والتعرض القانوني للغير واستحقاق المشتري للمبيع.

أما حالة إبرام عقد مقاولة بناء عقار بمواد يقدمها المقاول لتنفيذ عقد تأجير تمويلي، وهي الصورة التي سبق لنا تسميتها بعقد الاستصناع، فإن استعدنا تكييف هذا العقد فقلنا أنه عقد مقاولة يترتب على تنفيذه نقل الملكية إلى رب العمل، إلا أن نقل الملكية ليس العنصر الجوهري في مثل هذا العقد، وإنما تنتقل ملكية الشيء المصنوع كنتيجة طبيعية لكون العمل ينفذ لصالح رب العمل، كما أن المقاول لم يكن يملك شيئا ثم نقل ملكيته إلى رب العمل، ويترتب على ذلك كله – من وجهة نظر الباحث – أن المقاول لا يضمن التعرض والاستحقاق. وبجملة مساوية، ضمان التعرض والاستحقاق ليس من آثار عقد المقاولة ولو أخذت صورة الاستصناع.

وأما ضمان العيوب الخفية فيلتزم به البائع[3] والمقاول[4] على حد سواء، فالبائع يضمن خلو العين المبيعة من كل عيب خفي من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للهدف المقصود من شرائه، كما يضمن المقاول مطابقة العمل للمواصفات المتفق

---

(1) الزعبي، محمد يوسف، المرجع السابق، ص332.
(2) المادة (506/ 1) من القانون المدني الأردني، وانظر كذلك: د.محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص333.
(3) منصور، أمجد محمد، المرجع السابق، ص125. في نفس المعنى، انظر: الزعبي، محمد يوسف، المرجع السابق، ص395.
(4) قرة، فتحية، المرجع السابق، ص144. وكذلك: شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص149.

عليها والأصول الفنية التي تحكم مثل هذا العمل. ومن اليسير تبرير ذلك، فالمشتري أو رب العمل لم يكن ليتعاقد لو علم بوجود عيب في محل العقد.

إلا أن ضمان العيوب الخفية يتميز بخصوصية شديدة في مجال عقود البيع أو المقاولة المبرمة تنفيذا لعقد تأجير تمويلي، فالتزام البائع أو المقاول بهذا الضمان يكون في مواجهة المستأجر لا المؤجر، ولذلك سنترك العرض التفصيلي للالتزام بضمان العيوب الخفية عند دراسة علاقة المورد (أو المقاول) بالمستأجر التمويلي[1].

الفقرة الثانية: الالتزامات التي ينفرد بها المقاول

علاوة على الالتزامات السابقة، يلتزم مقاول البناء في حالة تأجير تمويلي لعقار يراد بناؤه بالتزامين إضافيين:

أولاً: الالتزام بتنفيذ العمل

لعل إنجاز العمل محل عقد المقاولة هو الالتزام الرئيسي الذي يجب على المقاول القيام به شريطة مباشرة العمل بالطريقة التي تتفق مع أصول الفن والصناعة، وبالأسلوب الواجب اتباعه سواء قدمت المادة من طرفه أو من طرف رب العمل، وأن يبذل في إنجازه العناية اللازمة، وأن يتمه في المدة المتفق عليها[2].

فيجب على المقاول أن ينجز العمل بالطريقة والشروط المتفق عليها في عقد المقاولة، وبصفة خاصة، طبقا لدفتر الشروط في مقاولات البناء إذا وجد مثل هذا الدفتر. فإن لم تكن هناك شروط مفصلة متفق عليها وجب إتباع العرف، وخصوصا أصول الصناعة والفن تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول. فإذا خالف المقاول الشروط والمواصفات المتفق عليها أو الشروط التي تمليها أصول الصنعة وعرفها وتقاليدها، وأثبت رب العمل ذلك، كان المقاول مخلا بالتزامه بتنفيذ العمل وتقوم -حينئذ- مسؤوليته القانونية[3].

---

(1) في المبحث الثاني من هذا الفصل.
(2) الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص91.
(3) قرة، فتحية، المرجع السابق، ص107 و108.

والتزام المقاول بإقامة البناء هو التزام بتحقيق نتيجة[1]. ولذلك يكفي أن يثبت رب العمل (المؤجر في دراستنا) عدم أنجاز البناء لإثارة مسؤولية المقاول، ولا ينفي الأخير عن نفسه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

وتجدر الملاحظة أن المقاول الذي يقع عليه التزام أداء العمل المتفق عليه يتمتع – في الوقت نفسه – بحرية اختيار طريقة الإنجاز. وفي هذا الصدد، ذهبت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 1942/ 2006 (هيئة خماسية) تاريخ 28/ 12/ 2006 إلى ما يلي: «... يستفاد من أحكام المادة الثانية من قانون العمل التي عرفت عقد العمل والمادة (780) من القانون المدني التي عرفت المقاولة، أن عقد العمل وعقد المقاولة كلاهما من العقود الواردة على العمل، والتي يلتزم فيها أحد الطرفين بأداء عمل لصالح الآخر كصاحب عمل لقاء أجر. وإن ما يميز عقد العمل عن عقد المقاولة هو أنه في عقد العمل يشترط تبعية العامل لصاحب العمل بأن يقوم بالعمل تحت إشرافه وإدارته إما على سبيل التفرغ لصاحب العمل أو بأن يوقت لعمله وقتاً طبقاً لأحكام المادة (780) من القانون المدني والمادة الثانية من قانون العمل. على خلاف عقد المقاولة الذي يقوم فيه المقاول بالعمل مستقلاً عن إدارة صاحب العمل وإشرافه، بحيث يحتفظ المقاول بالقيام بعمل معين حسب مشيئته بأوقات وأساليب ومناهج يختارها لنفسه ويكون مستقلاً بتنفيذ العمل المعهود إليه وتنعدم تبعيته لصاحب العمل...»[2].

وبناء على ما تقدم، يلتزم المقاول الذي تعاقد معه المؤجر التمويلي بتنفيذ العمل المطلوب منه حسب الاتفاق، ويرجع في الأمور التي لم يتناولها العقد إلى أعراف الصنعة وأصولها الفنية، كل ذلك مع ملاحظة أن التزام هذا المقاول يكون -دائماً- بتحقيق نتيجة، طالما ورد العقد على إنشاء أحد الأبنية.

ويجوز للمقاول الاستعانة بأشخاص آخرين لإنجاز العمل المطلوب منه، فيتعاقد مع بعضهم للعمل تحت إشرافه وإدارته (وفق عقد عمل)، ويتعاقد مع البعض الآخر للقيام بجانب من العمل دون أن يكونوا تابعين له (طبق عقد مقاولة من الباطن)، إلا

(1) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص111.

(2) منشورات عدالة، الإصدار السابع 2010.

أنه في الحالة الثانية يمنع على المقاول أن يعهد بتنفيذ العمل إلى مقاول من الباطن إذا منعه من ذلك شرط في العقد، أو إذا كانت طبيعة العمل تفترض الاعتماد على مؤهلاته الشخصية(1).

وعلى ذلك، إذا لم يقم المقاول بتنفيذ العمل رغم فوات الموعد المحدد له فيكون مخلا بالتزامه، ويسأل عن ذلك مسؤولية عقدية، ولا يستطيع دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات أن سببا أجنبيا هو الذي منعه من التنفيذ. وقد أعفت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها المقاول من المسؤولية عن عدم التنفيذ لثبوت أن عدم التنفيذ يرجع إلى صاحب العمل، ففي قضية كانت وقائعها كالآتي: تعاقدت جامعة اليرموك مع أحد المقاولين لإنجاز بناء الهناجر في الموقع الدائم للجامعة، ووقع الاتفاق على أن جامعة اليرموك تتعهد باستيراد المواد اللازمة للعمل، وفعلا بدأ تنفيذ عقد المقاولة، إلا أنه توقف بعد ذلك لغرق سفينة كانت تقل الحديد اللازم للبناء والمستورد من طرف جامعة اليرموك، ليصل الأمر إلى القضاء لتحديد المسؤوليات، ولما عرضت القضية على المحكمة جاء قرارها رقم 2259/ 1997 (هيئة خماسية) بتاريخ 15/ 2/ 1998 كما يلي: «... فإن غرق مادة الحديد اللازمة لبناء الهناجر والملزمة جامعة اليرموك باستيرادها يجعل الجامعة ملزمة بالسعي لإحضار الحديد البديل اللازم للبناء، وبما أنها لم تفعل، فتكون ملزمة بالتعويض عن التقصير في تنفيذ شروط عقد المقاولة طبقا للمادة 363 من القانون المدني. وإن غرق الباخرة التي تحمل الحديد لبناء الهناجر وإن كان يعتبر ظرفا قاهرا إلا أن هذا الظرف ليس هو الذي أدى إلى تأخير تنفيذ العقد وتوقف العمل في المشروع بل إن المدعى عليها (جامعة اليرموك) وبعد علمها بغرق إرسالية الحديد لم تقم بفتح اعتماد جديد أو تدبير أو شراء الحديد»(2).

أما إذا لم يقدر على إثبات ذلك فيكون لرب العمل مطالبته بالتنفيذ العيني، فإن لم يصلح المقاول خطأه جاز لرب العمل طلب فسخ العقد والتعويض عن

(1) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص112 و113.
(2) منشورات عدالة، الإصدار السابع 2010.

الضرر الذي لحقه جراء عدم التنفيذ[1]. وفي تطبيق لهذه الأحكام ذهبت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 26/ 2008 (هيئة خماسية) الصادر بتاريخ 21/ 7/ 2009 إلى ما يلي: «... لا يستحق الضمان إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك في القانون أو في العقد (م/ 361 مدني). وحيث أن المدعي (رب العمل) لم يقم بإنذار المدعى عليه، إذ أن له في حالة إخلال المدعى عليه (المقاول) بالتزامه في إنجاز العمل المعهود به إليه بموجب عقد المقاولة بعد إعذار المقاول الخيار بين طلب تنفيذ العقد ما دام ممكناً أو طلب فسخه مع التعويض...»[2].

ففي المقاولات التي تعقد تنفيذا لعقود التأجير التمويلي، يملك المؤجر إثارة المسؤولية العقدية للمقاول متى أخل بالتزامه بإنجاز العمل المطلوب. وفي الحالات التي يفرغ فيها اتفاق المؤجر والمستأجر في شكل مقاولة، يصبح من حق المستأجر (المقاول في هذه الصورة) مساءلة المقاول الثاني عن مثل هذا الإخلال، كما يجوز للمؤجر (رب العمل) مطالبة المستأجر (المقاول) قانونا عن عدم تنفيذ العمل.

وأكثر من ذلك، يضمن المقاول كل ضرر يلحق رب العمل جراء إنجاز العمل، وهذا ما قررته محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 2919/ 2004 (هيئة خماسية) بتاريخ 20/ 2/ 2005: «... يعتبر المقاول ملزم بموجب المادتين (22/ 1 و29/ 1) من دفتر عقد المقاولة بتعويض صاحب العمل عن جميع الخسائر والأضرار الناجمة عن تنفيذ الأشغال وإنجازها وصيانتها بما في ذلك تعويض صاحب العمل عن جميع الادعاءات والإجراءات والأضرار والرسوم والنفقات مهما كان نوعها أو علاقتها بهذه الأمور مع مراعاة الاستثناءات المشار إليها في البند 2 من هذه المادة...»[3].

ثانياً: الالتزام بالمحافظة على الأشياء المسلمة من قبل رب العمل

قد يقدم رب العمل للمقاول مواد أو أدوات تستخدم في تنفيذ العمل موضوع المقاولة، وفي هذه الحالة تظل هذه الأشياء مملوكة لرب العمل، ويلتزم المقاول بالمحافظة

---

(1) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص115.

(2) منشورات عدالة، الإصدار السابع 2010.

(3) قاعدة عدالة القانونية، الإصدار السابع 2010.

على جميع الأشياء المسلمة له لغايات استعمالها في إنجاز العمل سواء كانت قيمية أم مثلية، كما يلتزم بأن يراعي الأصول الفنية في استخدامها. وإذا احتاج حفظ هذه الأشياء إلى نفقات، فإن المقاول يتحملها ولا يجوز له أن يرجع بها على رب العمل، لأنها تعتبر جزء من النفقات العامة التي يجب عليه أن يراعيها عند تحديد أجره ما لم يتفق على خلاف ذلك[1].

وفي الواقع القانوني، يعد التزام المقاول بحفظ الأشياء المقدمة له من طرف رب العمل وجها من أوجه تطبيق مبدأ عام في القانون، ألا وهو تنفيذ العقود بحسن نية. وإعمالا لهذا المبدأ، يلتزم المتعاقد في أي نوع من العقود بالقيام بكل ما هو من مستلزمات العقد[2]، وهذا هو عين ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية يحمل رقم 781/ 2009 (هيئة خماسية) صادر بتاريخ 29/ 7/ 2009: «... ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف...»[3]. ولاشك أن المحافظة على أشياء رب العمل الموجودة تحت يد المقاول على سبيل المقاولة يدخل ضمن مستلزمات تنفيذ المقاول لالتزامه.

والتزام المقاول بالمحافظة على الأشياء المسلمة إليه التزام ببذل عناية، ويحدد مقدار العناية المطلوبة من المقاول على أساس معيار موضوعي قوامه الشخص العادي من نفس المهنة موجود في نفس الظروف[4].

فإذا قصر المقاول في بذل هذه العناية وترتب على ذلك تلف أو ضياع أو سرقة الأشياء المسلمة له من طرف رب العمل، فيلتزم المقاول بأن يرد قيمة هذه الأشياء إلى

---

(1) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص124. وذلك إعمالا لنص المادة (551) من القانون المدني الجزائري الذي يقابل نص المادة (783/ 1) من القانون المدني الأردني.
(2) المومني، أحمد سعيد المرجع السابق، ص17. وذلك إعمالاً لنص المادة (107) من القانون المدني الجزائري الذي يقابل نص المادة (202) من القانون المدني الأردني.
(3) منشورات عدالة، الإصدار السابع 2010.
(4) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص126.

رب العمل، وفضلا عن ذلك، يلتزم بتعويضه وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية[1].

ولما كان التزام المقاول في الحفاظ على أشياء رب العمل التزاما ببذل عناية، فإن رب العمل الذي يدعي إخلال المقاول بهذا الالتزام يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه. ولكن، قد تسمح ظروف الحال باستخلاص قرينة قضائية على هذا التقصير أو الإهمال تعفي رب العمل من إثبات خطأ المقاول، ذلك أن وجود الشيء تحت يد المقاول يجعل من الصعب على رب العمل معرفة السبب الذي أدى إلى تلفه أو ضياعه. وتبقى هذه القرينة – إن وجدت – بسيطة، يستطيع المقاول دحضها بأحد طريقين: إثبات بذله العناية المطلوبة منه، أو إثبات أن الهلاك يرجع إلى سبب أجنبي عنه[2].

ولعل من المفيد – في ختام هذا المبحث – الخروج بزبدة الحديث عن علاقة المؤجر بالمورد (أو المقاول) في عقد التوريد (أو المقاولة) المبرم تنفيذا لعقد تأجير تمويلي. فابتداء، وجود عقد توريد أو عقد مقاولة نتيجة حتمية لتقرير شرط الشراء المسبق لمحل عقد الليزنغ قانونا، فإن كان هذا المحل منقولا كيفت علاقة المؤجر بالمورد بأنها عقد توريد، وإن كان عقارا سبق بناؤه – وهي حالة نادرة في العمل – وصفت بعقد البيع، أما إن كان عقارا يراد بناؤه فتأخذ تلك العلاقة وصف عقد المقاولة.

وفي خصوصية شديدة، يتفاعل عقد التوريد (أو المقاولة) مع عقد التأجير التمويلي رغم استقلاله عنه، ولا أدل على ذلك من أن العقد الأول لم يبرم إلا لغايات إبرام وتنفيذ العقد الثاني، في حين لا يمكن تنفيذ العقد الثاني دون إبرام وتنفيذ العقد الأول، فضلا عن وجود آثار متبادلة بين المورد (أو المقاول) والمستأجر التمويلي مع غياب أي عقد يربطهما، وهو تفاعل فسره الفقه وفق نظرية مستحدثة اصطلح عليها (المجموعة العقدية).

---

(1) إعمالا لنص المادة (783) من القانون المدني الأردني الذي يقابل نص المادة (552) من القانون المدني الجزائري.

(2) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص127.

أما عن الآثار القانونية التي تنشأ في العلاقة محل الدراسة فتمس طرفيها على حد سواء، إذ يلتزم المؤجر بدفع الثمن إلى المورد (أو المقاول) وإشعاره بنية التأجير واسم المستأجر. وفي المقابل، يلتزم المورد (أو المقاول) في مواجهة المؤجر بنقل الملكية **أولاً**، وتسليم العين محل العقد **ثانيا**، وتنظيم محضر استلام **ثالثاً**، والضمان **رابعاً**. وعلاوة على هذه الموجبات الأربعة، ينفرد المقاول بالتزامين إضافين: فأما الأول فهو تنفيذ العمل المطلوب، وأما الثاني فهو المحافظة على الأشياء التي سلمها له صاحب العمل.

وتعود الخصوصية لتظهر في هذه الآثار مرة أخرى، فالتسليم يتم إلى طرف أجنبي عن العلاقة موضوع البحث (المستأجر)، وهو ذاته الطرف الذي ينظم بحضرته محضر الاستلام من جهة، وهو الطرف الذي يضمن له المورد (أو المقاول) خلو العين محل العقد من العيوب الخفية من جهة أخرى.

وفي ظل هذه الخصائص الظاهرة تتضح الحاجة إلى تفسير الآثار القانونية الناجمة عن تنفيذ عقد التأجير التمويلي في ضوء الهدف الاقتصادي للعقد، فالتأجير التمويلي عقد ثنائي الأطراف يتطلب تنفيذه إبرام عقد آخر وتدخل طرف ثالث، كما أن التأجير التمويلي عملية متعددة المراحل تتغير في كل منها القواعد القانونية المطبقة وصفة الأطراف فيها، وكل إهمال لهذا الهدف في التعامل مع تلك الآثار يكون من عواقبه مجانبة الفهم السليم والمنطق القانوني.

متى اتضح لنا أن علاقة المؤجر بالمستأجر تكيف على أنها عقد تأجير تمويلي، في حين تأخذ علاقة المؤجر بالمورد (أو المقاول) وصف عقد توريد أو مقاولة، يبقى علينا أن ندرس علاقة المستأجر بالمورد أو المقاول، وهي العلاقة الثالثة التي تنشأ بمناسبة تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي.

المبحث الثاني
علاقة المستأجر بالمورد (أو المقاول)

يتضح جليا من تتبع سير عملية التأجير التمويلي أن المستأجر يتدخل في أهم مراحلها، إذ لا يكتفي بالدخول في معاملات مع المؤجر، بل يتعامل في أحيان كثيرة مع المورد (أو المقاول) مباشرة، بدء باختيار المأجور والمورد (أو المقاول)، ومرورا بتسلم العين وتحرير محضر الاستلام، وانتهاء بحق الرجوع على المورد (أو المقاول) إذا شاب الأصل المؤجر عيب ما[1].

وفي الأحوال التي يكون فيها محل عقد التأجير التمويلي عقارا يراد بناؤه، قد يفضل المؤجر والمستأجر إفراغ اتفاقهما في قالب عقد مقاولة، ليتولى المستأجر (المقاول في هذه الحالة) – بعد ذلك – التعاقد مع مقاول ثان لبناء العقار[2]. وفي هذا الفرض، تتضح العلاقة بين المستأجر والمقاول الثاني بشكل أكبر، حيث يجمع بينهما عقد يسألان – شخصياً – عن تنفيذه.

ولذلك، يكون من المناسب أن نتساءل عن الأساس القانوني للتصرفات التي تجمع المستأجر بالمورد (أو المقاول) سواء في مرحلة التفاوض أو مرحلة تنفيذ عقد التأجير التمويلي؟ وهذه مسألة ستتم الإجابة عليها في المطلب الأول من خلال تكييف علاقة المستأجر بالمورد (أو المقاول)، ليكون السؤال الذي يطرح نفسه بعد ذلك: ما هي الآثار القانونية الناشئة في هذه العلاقة؟ إنه موضوع المطلب الثاني.

المطلب الأول: تكييف علاقة المستأجر التمويلي بالمورد (أو المقاول)

تبدأ الخصوصية في الظهور في ميدان عقود التأجير التمويلي حتى قبل إبرام العقد، فمحل العقد ومورده يحددهما المستأجر، وهو نفسه من يقوم بالتفاوض مع المورد (أو المقاول)، رغم أن الشراء سيتم من طرف المؤجر.

---

(1) Bonneau, Thierry op.cit, page397 et 398.

(2) Calais, Jean Auloy, op.cit, page 6, paragraphe 74.

ويتواصل الخروج عن القواعد العامة عندما يسلم المورد (أو المقاول) العين إلى المستأجر مباشرة بناء على الاتفاق.

ليبلغ الشذوذ عن الأحكام العامة في القانون ذروته حين يمارس المستأجر حقه في الرجوع على المورد (أو المقاول) مباشرة بضمان العيوب الخفية للعين المؤجرة، رغم أنه لم يرتبط معه بأي رابطة عقدية[1].

إلا أن الخصوصيات السابقة تخف حدتها في حالة واحدة يعرفها التطبيق على وجه الندرة، ألا وهي حالة وجود عقد مقاولة من الباطن بين المستأجر والمقاول الثاني.

وسيحاول الباحث – فيما يأتي – إعطاء الوصف القانوني الذي يفسر تعاملات المستأجر مع المورد (أو المقاول) في الأوضاع الأربعة السابقة.

الفرع الأول: عقد الوكالة (مرحلتا التفاوض والتسلم)

يمر إبرام وتنفيذ عقد التأجير التمويلي بمراحل متعددة، وتخضع كل مرحلة لبعض الأحكام المطبقة على عدد من العقود المسماة. ففي مرحلة التفاوض، يقوم المستأجر باختيار الآلات أو المعدات التي يحتاجها، وبعد إبرام عقد التوريد بين المورد والمؤجر، يقوم المستأجر باستلام العين محل العقد من المورد مباشرة، ويقوم المستأجر بكل ذلك باعتباره وكيلا عن المؤجر[2].

ولذلك تفسر مبادرات المستأجر التمويلي التفاوضية ومعاملاته المباشرة لغايات استلام الأصل المؤجر من المورد (أو المقاول) على أساس أحكام الوكالة.

وتعرف الوكالة على أنها عقد يخول بمقتضاه شخص معين هو الموكل إلى شخص آخر هو الوكيل سلطة أو مكنة إتمام أو إبرام تصرفات قانونية أو أعمال قانونية باسم الموكل ولحسابه[3]. والوكالة نوعان: عامة وخاصة، فأما الوكالة العامة فهي الوكالة التي لا تخصيص فيها لنوع العمل القانوني الذي يخول بالقيام به الموكل،

---

(1) Bonneau, Thierry op.cit, page 396.

(2) القلاب، بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص373 و374.

(3) Antonmattei, Paul Henri et Raynard, Jaque droit civil, contrats spéciaux, deuxième édition, 2001, page 363.

بل تتحدد سلطاته بعبارات عامة، وهي لا تجعل للوكيل سوى القيام بأعمال الإدارة، أما الوكالة الخاصة فهي وكالة لا تجعل للوكيل سوى القيام بالأعمال التي تذكر على التحديد عند إبرام الوكالة، وهي واجبة للتوكيل في أي عمل ليس من أعمال الإدارة، وخصوصا أعمال التصرف[1].

إذن، لكي يمكن إبرام وتنفيذ عقد التأجير التمويلي لابد من استخدام عدة أنواع من الوكالات، فهناك الوكالة الرئيسية التي تساعد في إبرام عقدي التأجير التمويلي والتوريد (أو المقاولة)، وهناك الوكالة التبعية التي تستخدم في تنفيذ هذين العقدين[2].

أولاً: الوكالة الرئيسية (مرحلة التفاوض)

سبق القول أن المستأجر هو من يختار العين والمورد (أو المقاول) من جهة، وهو من يفاوض المورد (أو المقاول) حول شروط التعاقد من جهة أخرى، وكثيرا ما يتم ذلك كله حتى قبل الاتصال بالمؤجر لطلب تمويل الصفقة. فبأي صفة يقوم هذا المستأجر المستقبلي بهذه الخطوات الأولية؟ وهل يختلف الأمر بعد تدخل المؤجر التمويلي؟

أ. تكييف علاقة المستأجر بالمورد (أو المقاول) قبل تدخل المؤجر

كثيرا ما يكون لجوء المستأجر المستقبلي إلى أحد الموردين (أو المقاولين) لمفاوضته سابقا على اتصاله بالمؤجر المستقبلي[3]، فيطلب منه عتادا محددا بمواصفات معينة، ثم يتفق معه على طريقة وميعاد التسليم من جهة، وثمن المعدة من جهة أخرى[4]. ولغايات التوصل إلى تأصيل قانوني لهذه المبادرات من ذاك المستأجر، نستعرض المواقف التشريعية المقارنة.

---

(1) عبد الرحمان، محمد شريف أحمد، الوكالة في التصرفات القانونية (أحكام الوكالة، أركان الوكالة، الآثار التي تترتب على الوكالة، انتهاء الوكالة)، المنصورة، مصر، دار الفكر، 2009، ص28.

(2) فخري، رياض، المرجع السابق، ص47 و48.

(3) Calais, Jean Auloy, op.cit, page 5, paragraphe 54.

(4) Calais, Jean Auloy, op.cit, page 5, paragraphes 53 et 54.

تكفل المشرع الأردني – على خلاف نظيريه الفرنسي والجزائري – بالنص صراحة على حق المستأجر التمويلي في اختيار العين وموردها، إذ نصت الفقرة (أ/ 1) من المادة (10) من قانون التأجير التمويلي على ما يلي: «أ. تترتب للمستأجر الحقوق والمزايا التالية:

1. اختيار المورد والمأجور...».

إذن، يتضح أن المشرع يعطي للمستأجر الحق في التفاوض مع المورد أو المقاول[1]، ولذلك لا صعوبة في تكييف عمل المستأجر في اختياره العين وموردها في ضوء القانون الأردني لوجود النص التشريعي، أو بعبارة أفصح، يكون المستأجر المستقبلي في هذه المرحلة بصدد ممارسة حق يمنحه له القانون.

أما في التشريعات التي خلت من مثل هذا النص (مثل القانونين الفرنسي والجزائري) فتقع على الفقه والقضاء مهمة تكييف تصرفات المستأجر المستقبلي التفاوضية قبل اتصاله مع المؤجر، وفي هذا الصدد قيلت مجموعة من الآراء الفقهية، وفيما يلي أهمها:

1. البيع بشرط واقف أو فاسخ

يذهب هذا الرأي إلى أن المستأجر والمورد يتفاوضان على بيع الأصل على شرط واقف هو قبول المؤجر التمويلي التدخل لتمويل العملية[2].

إلا أن هذا التحليل منتقد بشدة، ذلك أن البيع يتم من الناحية القانونية بين المؤجر والمورد، وبالتالي فلا مجال للأخذ بهذا الاتجاه الفقهي.

2. التعهد بضمان موافقة الغير

ذهب رأي فقهي آخر إلى أن المستأجر يحمل صفة ضامن موافقة المؤجر اتجاه المورد[3]. وبعبارة مساوية، يتعهد المستأجر – حسب هؤلاء – بالحصول على موافقة

---

(1) عبد العزيز، سمير محمد، المرجع السابق، ص196.

(2) رأي فقهي أشار إليه: فخري، رياض، المرجع السابق، ص49.

(3) رأي فقهي أشار إليه: فخري، رياض، المرجع السابق، ص51.

المؤجر بإبرام عقد بيع مع المورد مصادقا بذلك على بنود العقد التي تم التوصل إليها سلفا من طرف المستأجر والمورد.

وفي تقدير هذا الرأي يقول أحد الفقهاء: يؤدي التسليم بهذا الرأي إلى إنكار خاصية أساسية تتميز بها عقود التأجير التمويلي هي حماية المؤجر من أخطاء المستأجر التي ارتكبها عند اختيار العين أو التفاوض عليها، لأن المؤجر بمجرد تصديقه على بنود العقد يصبح ملزما بجميع ما تضمنته من التزامات بأثر رجعي، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بأن «التصديق الذي يمر من ضامن موافقة الغير يرجع ليوم التصرف المصادق عليه والتزام الغير يتولد من يوم التزام ضامن موافقة الغير»[1]. ومن زاوية علاقة المستأجر بالبائع تمثل هذه التقنية خطرا كبيرا، يتمثل في أن المتعهد قد يدفع تعويضات كبيرة في حالة عدم حصول التصديق من المؤجر باستثناء حالة القوة القاهرة[2].

وإن كان الباحث يوافق التوجه السابق في انتقاد هذا الرأي، إلا أنه يلاحظ أن التعهد بالحصول على موافقة المؤجر – وإن كان فيه ما يقال – أقرب من نظرية البيع بشرط واقف إلى الصواب، ذلك أن التعهد بالحصول على موافقة المؤجر يعني أن التعاقد سيتم باسم الأخير ولحسابه.

3. الوكالة

ذهب اتجاه فقهي إلى أن دور المستأجر التمويلي في تحديد المال ومورده، ثم استلامه وتحرير محضر استلام يستند على وكالة ممنوحة له من المؤجر التمويلي. ورغم أن المستأجر يقوم بذلك لحسابه، إلا أنه يجب التسليم بوجود مثل هذه الوكالة لأن المستأجر ليس طرفا في عقد التوريد، كما أن وجود وكالة لا يخلو من فائدة، إذ يظل المستأجر مسؤولا عن حسن تنفيذها في مواجهة المؤجر[3]، وأهم ما يميز قالب الوكالة هنا أنه لا يشترط قبولها من البائع[4].

---

(1) Cass Civ, 30 janvier 1957.

(2) فخري، رياض، المرجع السابق، ص51.

(3) Bonneau, Thierry op. cit, page398.

(4) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص228.

إلا أنه يصعب الأخذ بنظرية الوكالة – على النحو السابق – لأن المستأجر يلجأ غالبا إلى المؤجر بعد اختياره الأصل ومورده، فلا يعقل إذن القول أن المستأجر يتصرف في ذلك على أساس وكالة سابقة منحها له المؤجر.

ولذلك يقول أحد الفقهاء أن تفسير تصرفات المستأجر التفاوضية على أساس أحكام الوكالة مرفوض لسبب قاطع: في الوقت التي تجري فيه المحادثات بين المورد والمستأجر المستقبلي، يكون الأخير لم يتعاقد بعد مع شركة التأجير التمويلي، ولذلك لا نستطيع القول أنه تلقى وكالة من طرفها. وكل يا يمكن قوله – في هذه المرحلة التمهيدية – هو أن المستأجر المستقبلي إنما يقوم بهذه المبادرات نظرا لطبيعة عملية مستجدة ومتميزة هي (التأجير التمويلي)(1).

ونظرا لهذه الانتقادات، ذهب رأي آخر في الفقه إلى أن التكييف الأصح لقيام المستأجر باختيار العين ومفاوضة المورد هو الوكالة الضمنية، لأنها تتعلق بتصرفات سابقة على اتصال المستأجر بالمؤجر، فالمستأجر قد اختار الأصل لدى المورد قبل حتى أن يدخل في أية علاقة مع المؤجر التمويلي(2). وفي اتجاه مماثل، ذهب البعض إلى أن المستأجر في اختياره المعدات وتحديد مواصفاتها وطريقة تسليمها وثمنها يكون وكيلا – بموجب وكالة ضمنية – عن المؤجر.

ويبدو – في مقام تقدير الرأي السابق – أنه مذهب جدير بالتأييد، فقواعد الوكالة تنطبق إلى حد بعيد على مبادرات المستأجر التفاوضية مع المورد، فهو يتصرف باسم المؤجر المستقبلي ولحسابه، ويطالب بتقديم حساب عن نتيجة التفاوض إلى هذا المؤجر، وليس له أن يخرج عن التفاوض بغرض الشراء لحساب المؤجر مما يعطي الانطباع بأنه وكيل لا يجوز له الخروج عن حدود وكالته. أما وصف هذا الرأي تلك الوكالة بأنها ضمنية فيحل كثيرا من المشاكل، فمن الناحية العملية يغلب أن يدخل المستأجر في مفاوضات مع المورد قبل اتصاله بالمؤجر، ولذلك يمكن أن تفسر تصرفات المستأجر في هذه المرحلة على أساس أنه وكيل – ضمنياً – عن المؤجر، بدليل أن

(1) Calais , Jean Auloy, op.cit, page 5. paragraphe 54.

(2) Champoud,, Claude le leasing, J.G. P1965. I.1954.

الأخير لا يعارض ذلك عندما يقبل تمويل الصفقة، إذ تنص البنود الأولى لعقود التأجير التمويلي – عادة – على إعطاء حق تحديد العين واختيار موردها ومفاوضته للمستأجر، ومثال ذلك الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي لكل من بنك البركة وشركة (Natixis) الجزائريين وشركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية[1].

ورغم ذلك، لا تخلو الوكالة الضمنية من قصور في تفسير الخطوات التفاوضية التي يقوم بها المستأجر رفقة المورد، فليس من السهل الإقرار بوجود وكالة في غياب أي اتصال مع الموكل (المؤجر في هذه الحالة)، وحتى لو سلمنا – فرضاً – بوجود وكالة ضمنية فيصعب علينا إعمال قواعد الوكالة إذا مارس المؤجر حقه في رفض تمويل الصفقة لسبب من الأسباب، فلو وجدت وكالة – فعلاً – لكان بالإمكان مساءلة المؤجر عن مثل هذا الرفض، فالموكل يسأل عن تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه في حدود الوكالة.

وعليه، يبدو أن النظريات السابقة لم تأت بالقول الفصل حول تساؤلنا، وهنا يتضح توفق المشرع الأردني في وضع نص صريح يرتب للمستأجر حقا في اختيار المورد والعين التي ستكون محلا للتأجير، وفي غياب مثل هذا النص في التشريعين الفرنسي والجزائري يميل الباحث إلى الوكالة الضمنية لتفسير دور المستأجر المستقبلي في مرحلة التفاوض مع المورد، إذ يظل هذا المذهب الأكثر انطباقاً لتكييف مبادرات هذا المستأجر قبل إبرام عقد التأجير التمويلي رغم المآخذ السابقة. ولذلك ربما لابد من تدخل المؤجر لكي يمكن تكييف صفة المستأجر فيما يقوم به من أعمال تفاوضية تمهيدا لإبرام عقد التأجير التمويلي والعقود التي تسمح بتنفيذه.

---

(1) مقدمة الشروط العامة لاعتماد الإيجاري لبنك البركة الجزائري، والمادة (2) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة ناتيكسيس الجزائر، والبند (1) من الشروط العامة للتأجير التمويلي لشركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية.

ب. تكييف علاقة المستأجر بالمورد (أو المقاول) بعد تدخل المؤجر

1. حق قانوني

قد ينص القانون[1] – صراحة – على حق المستأجر التمويلي في اختيار المورد والمأجور، وهنا يكون التكييف الأصح لتصرفات المستأجر التفاوضية هو أنها حق مصدره القانون.

2. عقد الوكالة

وفي غياب النص القانوني، غالباً ما يوكل المؤجر المستأجر للتفاوض مع البائع[2]، لأن المستأجر عادة ما يكون أكثر خبرة منه من ناحية، ولرغبة المؤجر في تجنب إشكالات التفاوض والتسليم، والاكتفاء بلعب الدور التمويلي من ناحية أخرى. والتفويض هنا لا يخرج عن القواعد العامة لعقد الوكالة، إلا في الأحوال التي تقتضيها الطبيعة الخاصة لعقد التأجير التمويلي[3].

فمن جانب التطبيق، تنص عقود التأجير التمويلي – غالباً – على إعطاء المستأجر حق اختيار العين وكذا المورد، كما تعهد إليه بتحديد المواصفات التقنية للمأجور وطرق تسليمه بالتفاوض مع هذا المورد.

فمثلا، ورد في مقدمة عقد الاعتماد الإيجاري لبنك البركة الجزائري ما يلي: «... يختار عميل البنك من المورد العتاد الذي يحتاجه ويتفاوض حول شروط شرائه (السعر، التسليم، الضمان ما بعد البيع)...».

كما جاء في المادة (2) من الشروط العامة لعقد الاعتماد الإيجاري كما تمارسه شركة (ناتيكسيس الجزائر Natixis Algérie) الجزائرية ما يلي: «1-يحدد المستأجر التمويلي تحت مسؤوليته الكاملة مواصفات العتاد محل العقد، وشروط الاستعمال، التسليم، والضمان مع مورد من اختياره...».

---

(1) مثل الفقرة (أ/ 1) من المادة (10) من قانون التأجير التمويلي الأردني.
(2) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص140.
(3) القلاب، بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص172. وفي نفس المعنى، انظر: الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص10.

وفي الأردن، ينص البند (2) من الشروط الخاصة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي على ما يلي: «قام المؤجر بتأجير المستأجر المأجور الذي اختاره (المستأجر) على مسؤوليته الخاصة... ». وكذلك ينص البند (14) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي لذات الشركة على ما يلي: «يقر المستأجر أنه قد عاين المأجور واختاره على مسؤوليته الخاصة... وأنه هو الذي اختار مصدر التوريد أو المقاول...».

كل هذه الصيغ الواردة في عقود التأجير التمويلي دفعت الفقه والقضاء إلى تقرير وجود وكالة يمنحها المؤجر (الموكل) للمستأجر (الوكيل)، على أن هذه الوكالة المسماة رئيسة تحمل المستأجر التزاماً قانونياً هو تقديم كل المعلومات المتعلقة بالمعدة (أو المال محل التأجير بصفة عامة) ومواردها وطريقة اقتنائها إلى المؤجر[1]. وقد وردت إشارة[2] في قانون الاعتماد الإيجاري الجزائري إلى مثل هذه الوكالة إذ جاء في نص المادة (27) منه ما يلي: «لا يقبل حق ملكية المؤجر للأصل المؤجر أي تقييد أو تحديد من أي نوع كان بسبب استعماله من قبل المستأجر أو بسبب أن العقد يسمح للمستأجر بالتصرف، بصفته وكيل المالك، في العمليات القانونية والتجارية مع الغير والمرتبطة بعملية الاعتماد الإيجاري.

ويطبق هذا بالأخص على تدخلات المستأجر في إطار العلاقات التي تربط المؤجر مع موردي أو مقاولي الأصل المخصص للإيجار عن طريق اعتماد إيجاري، ولو كان المستأجر قد حدد مباشرة مع الغير خصائص الأصول التي ستستأجر أو تبنى بقصد إيجارها عن طريق اعتماد إيجاري».

---

(1) د. رياض فخري، المرجع السابق، ص53 و54.

(2) وهي إشارة غير كافية من وجهة نظر الباحث، لأن النص التشريعي الجزائري المذكور لم يقم بأكثر من إقرار إمكانية أن يتضمن عقد الاعتماد الإيجاري توكيل المستأجر في العمليات القانونية مع الغير (ومنهم المورد)، وكان من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يقرر بنص صريح – على غرار المشرع الأردني – حق المستأجر في اختيار المورد والعين التي ستكون محلا للتأجير.

إذن، من بين التقنيات القانونية المستخدمة في عملية التأجير التمويلي نجد الوكالة الممنوحة للمستأجر لتمثيل شركة التأجير في اختيار العتاد وتحديد مواصفاته وثمنه مع البائع[1].

وأولى النتائج المترتبة على وجود وكالة رئيسية ممنوحة للمستأجر هي استبعاد أي فرضية لتفاوض المستأجر مع المورد من أجل إبرام عقد لحسابه الشخصي، لأن البيع يبرم مباشرة بين المؤجر التمويلي والمورد، فهذه الوكالة لا يمكن أن يكون محلها إبرام عقد البيع، ولا تتعلق إلا باختيار الأصل ومورده[2].

وفي عملية التأجير التمويلي، تتكون الوكالة فورا مع إبرام عقد الإيجار، الذي يشكل دعامتها، حيث يلتزم فيه المؤجر الموكل بتنفيذ بعض الأداءات الإيجابية وغير القابلة للإلغاء[3].

أما في مقام إيجاز ما سبق، فيقول الباحث أن المستأجر يختار العين ويحدد المورد ويفاوضه استنادا إلى نصوص القانون التي تعطيه هذا الحق. وفي غياب مثل هذا النص، يقوم المستأجر بذلك بناء على وكالة ممنوحة له من قبل المؤجر يتضمنها عقد التأجير التمويلي، سماها جانب من الفقه (الوكالة الرئيسية). ولا يؤثر على ذلك أن يقوم المستأجر المستقبلي بمفاوضة المورد (أو المقاول) قبل اتصاله بالمؤجر المستقبلي، ذلك أن الأخير عندما يقبل إبرام عقد تأجير تمويلي يوافق على قيام المستأجر باختيار المورد (أو المقاول) ومفاوضته، ومعنى ذلك أنه أجاز هذه التصرفات، وفي القانون، تعتبر الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة (طبقا لنص المادة 839 من القانون المدني الأردني).

---

(1) مزهر، حبيب، المرجع السابق، ص61.
(2) فخري، رياض، المرجع السابق، ص55 و56.
(3) فخري، رياض، المرجع السابق، ص61.

ثانياً: الوكالة التبعية (تسلم العين المؤجرة)

تستهلك الوكالة الرئيسية في عقد التأجير التمويلي بمجرد اختيار العين وموردها وانتهاء المفاوضات إلى بنود مبدئية للتعاقد، فبعد أن تقبل شركة الليزنغ طلب التمويل تبعث بوصل الطلبية إلى المورد، وهنا تظهر الحاجة إلى وكالة جديدة، يكون محلها هذه المرة استلام المستأجر الأصل المؤجر من المورد مباشرة، وتحرير محضر استلام بمطابقة هذا الأصل لمواصفات وصل الطلبية. وهي وكالة اصطلح بعض الفقه على تسميتها بـ(الوكالة التبعية)[1].

فبعد إبرام عقد البيع، يقوم المستأجر باستلام الأشياء محل عقد التأجير التمويلي بصفته وكيلا عن المؤجر، وبموجب الوكالة – أيضاً – ينظم المستأجر رفقة البائع محضر استلام[2]، وغني عن البيان في هذا المقام أن تنظيم هذا المحضر يعد إيذانا ببدء سريان عقد التأجير التمويلي[3].

فتظهر أهمية التوقيع على هذا المحضر في أنه يمثل قرينة على مطابقة المال المؤجر للعقد، كما يمثل التوقيع على هذا المحضر نقطة انطلاق عقد التأجير التمويلي، باعتبار مدة الإيجار التمويلي تبدأ عندما تصبح العين المؤجرة في حيازة المستأجر[4]، ومن الطبيعي أن مثل هذه الحيازة تكون بعد استلام المستأجر العين المؤجرة وتوقيعه على محضر الاستلام، وإذا كان الاستلام على مراحل، تبدأ مدّة الإيجار مند تسلم المستأجر أوّل دفعة[5]. وإضافة إلى ذلك، للتوقيع على محضر الاستلام أهمية عملية، إذ جرت العادة في عقود التأجير التمويلي أن يدفع المؤجر ثمن الأموال محل العقد بعد توقيع

---

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص82. وفي نفس المعنى، انظر:
المجالي، محمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص48.
(2) القلاب، بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص174.
(3) دويدار، هاني، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص274–286.
(4) Galais , Jean Auloy ,op cit, page 6 paragraphe 79.
(5) المادة الثانية من الشروط العامة لصيغة التمويل بالاعتماد الايجاري لبنك البركة. وكذلك:
الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص169.

هذا المحضر من قبل المستأجر، حيث يتم إرسال نسخة منه إلى المؤجر مع الفاتورة، وعندئذ يبادر المؤجر إلى دفع ثمنها[1].

واضح إذن أن تنظيم محضر استلام من مصلحة المؤجر والمستأجر، فإذا أهمل المستأجر في فحص ومعاينة المال المؤجر عند الاستلام، أو لم يقم بإثبات حالة المال المؤجر والعيوب الموجودة فيه، قامت مسؤوليته في مواجهة المؤجر طبقا للقواعد العامة للوكالة[2]، بالإضافة إلى أنه يصعب عليه أن يتحلّل من عقد الإيجار بعد ذلك بسبب عدم صلاحية المال المؤجر[3].

وحماية للمستأجر من الضغوط التي قد يمارسها عليه المورد (أو المقاول)، يجوز للأول أن يمتنع عن استلام المال المؤجر في حالة ما إذا امتنع الثاني عن تحرير محضر الاستلام بالصورة التي تثبت حالة المال المؤجر والعيوب الموجودة فيه. ومع ذلك، يجوز للمستأجر أن يتسلم المال المؤجر دون تحرير محضر، إذا قدّر أنّ مصلحته في استلام المال. ولكن، إذا أراد المستأجر بعد ذلك أن يثبت في مواجهة المورد أو المقاول حالة المال المؤجر وما به من عيوب عند الاستلام، فإنّ عبء الإثبات يقع عليه، على أساس أن استلام المال المؤجر دون تحرير محضر، دليل على أنه مطابق لما هو متفق عليه[4].

يتضح مما سبق أنّ محضر الاستلام له أهمية (جوهرية)[5]، إذ يدلّ دلالة قطعية على معرفة المستأجر بحالة المال المؤجر وقبوله له بالحالة التي تسلمه عليها[6]. ومؤدى

---

(1) قرمان، عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص99.

(2) Cohen, Alain, op.cit, page 57 n0 94.

(3) قرمان، عبد الرحمن السيد، المرجع السابق، ص99.

(4) Cohen, Alain , op cit, page 123, n0 63.

(5) «تكون محكمة الاستئناف قد أصابت صحيح القانون، متى أجابت المؤجر في عقد الاعتماد الإيجاري بطلبه فسخ عقد البيع المبرم مع المورد متى كان المستأجر قد اغفل بحسبانه متفاوضا مع المورد وموكلا عن الشركة المؤجرة في استلام المعدات وتحرير محضر استلام المعدات إذ يكون هذا المستأجر قد أضرّ بحقوق الشركة المؤجرة قبل المورد».

(6) Bey. Note sous C.A. Dijon, 1er ch, 2 Sept 1986, JCP 1987. 11. 2086.

ذلك، أنه يجب على المستأجر أن يبذل عناية الرجل الحريص في فحص الأصول الإنتاجية محل العقد، لأنه أكثر تخصصا في استعمال تلك الأصول، وهو في ذلك وكيل مسؤول قِبل المؤجر عن أية بيانات تذكر عن المال في المحضر[1].

ويترتب على هذا القول انحصار دور المؤجر في التمويل فقط، دون الدخول في تفاصيل مواصفات هذه الأصول أو استلامها، لذا توكل شركات التأجير التمويلي المستأجر في استلام المال المؤجر والتأكد من مطابقته للمواصفات الفنية، وخلوه من العيوب الخفية، باعتباره الأقدر على معرفة هذه المسائل الفنية، لأنه هو الذي اختارها وحدد مواصفاتها الفنية مسبقا فهو يعتبر أكثر تخصصا من شركة التأجير التمويلي[2]. فإذا ظهرت عيوب في المال المؤجر بعد استلام المستأجر لها نتيجة تقصير منه في فحصها قبل الاستلام أدّت إلى مطالبة المستأجر بفسخ عقد الاعتماد الإيجاري بينه وبين شركة الاعتماد الإيجاري، فإنّ هذه الأخيرة يمكنها – في هذه الحالة – طلب التعويض عن الأضرار التي لحقتها من جرّاء فسخ العقد، وقد يتمثل هذا التعويض في احتفاظها بأقساط الأجرة التي أداها المستأجر عن الفترة السابقة عن فسخ العقد[3].

وتتأتى ضرورة الوكالة التبعية من كون المستأجر أجنبيا عن عقد التوريد من جهة، ومن جهة أخرى لأنه هو الأقدر على فحص مطابقة العين للمواصفات التي حددها سلفا مع المورد ثم أملاها على المؤجر، وبالتالي هو من يستطيع تحرير محضر استلام (في حالة المطابقة) أو محضر صعوبات (في حالة عدم المطابقة) [4].

وقد قبل أغلب الفقه الوكالة التبعية – بدون صعوبة – كتقنية ترد في عقد التأجير التمويلي[5]. فإذا كانت الوكالة خاصة ومحددة وتتعلق بتسليم أشياء والقيام

---

(1) Giovanolli, Mario, Travaux de la journée d'études de la faculté de Droit de Lausanne du 08 Mars 1985, page 26.

(2) البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص213.

(3) البدالي، نجوى إبراهيم، المرجع السابق، ص312–313.

(4) فخري، رياض، المرجع السابق، ص82 و83.

(5) ناصيف، إلياس، العقود الدولية (عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي)، المرجع السابق، ص267 و268. في نفس المعنى، انظر:

بإجراءات إدارية، ففي هذه الحالة توجد علاقة بين المؤجر والمستأجر، يمكن تفسيرها على أساس أحكام الوكالة[1].

وعلى المستوى القضائي، جاء في قرار لمحكمة استئناف (Agen) الفرنسية بتاريخ 15/ 1/ 1969 ما يلي:

«... اختيار الأصل وتخصيصه لحظة الشراء يقوم به المستأجر متصرفاً كوكيل للشركة المشترية، وعلى هذا الأساس يتلقى المستأجر وكالة استلام المعدة ويجب أن يفحص مطابقتها، حيث لا ترى الشركة المؤجرة في العملية إلا الجانب المالي، وتتجاهل الجانب التقني، لتخلص نفسها من الالتزام بالضمان، من خلال التنصيص في العقد على بنود عدم الضمان، التي تصاحب التزام المستأجر بصيانة الأصل، ودون أن يتمكن هذا الأخير من المطالبة بتخفيض الأجرة مهما كانت مدة الاستعمال...»[2].

وإذا كان الفقه والقضاء قد استقرا على أن تسلم العين المؤجرة يتم بناء على وكالة صادرة من المؤجر للمستأجر، إلا أن الجدل ثار حول ما إذا كان هذا التوكيل يجب أن يرد صراحة كبند في العقد، أم يستخلص ضمنا من ظروف التعاقد: فذهب فريق فقهي إلى أن هذه الوكالة تكون ضمنية، إذ يفهم من المعطيات التعاقدية للتأجير التمويلي أن المؤجر يرغب في أن ينفذ التزامه بالتسليم عن طريق المورد، ما دام مدينا بذلك للمستأجر ودائنا به للمورد. إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى أن المستأجر يقوم بتسلم الأموال موضوع عقد الليزنغ، ويوقع على محضر استلامها، بناء على وكالة صريحة تابعة لهذا العقد[3].

وعلى صعيد التطبيق، جاء في مقدمة عقد الاعتماد الإيجاري كما يمارسه بنك البركة الجزائري الآتي: «...4. يوكل البنك العميل لاستلام وتركيب العتاد والقيام بكل الإجراءات الإدارية أو أخرى متعلقة به...». ونصت المادة (4/ 1) من الشروط

فخري، رياض، المرجع السابق، ص91.
(1) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص228.
(2) فخري، رياض، المرجع السابق، ص95.
(3) Bey, de la symbiotique dans le leasing et crédit-bails mobiliers, op.cit, page 6.

العامة لعقد الاعتماد الإيجاري لأصول منقولة لذات البنك على ما يلي: «يوكل البنك العميل الذي قبل بذلك تسلم الأصول المنقولة نيابة عنه طبقا للشروط المنصوص عليها في عقد الشراء المبرم بين البنك والبائع الأول وذلك على نفقة العميل وحده، حيث لا يتحمل البنك أية مسؤولية عن تأخر في التسليم لكل أو جزء من الأصول المنقولة...».

وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (2) من الشروط العامة لعقد الاعتماد الإيجاري كما تمارسه شركة (ناتيكسيس الجزائر Natixis Algérie) على ما يلي: «...2. تسليم المال يتم إلى المستأجر التمويلي على نفقته ومسؤوليته وفق وكالة صريحة ممنوحة له من المؤجر التمويلي...».

وكذا، ينص البند (15) من الشروط العامة لعقد التأجير التمويلي كما تمارسه شركة المتكاملة للتأجير التمويلي الأردنية على ما يلي: «...15. إذا كان المستأجر سيقوم باستلام المأجور من مورد أو مقاول وفقا للشروط المتفق عليها في العقد، فإنه يتوجب عليه تنظيم محضر يبين فيه أنه استلم المأجور مطابقا للشروط والمواصفات ويقوم بتوقيعه مع المقاول أو المورد...».

وسواء كانت الوكالة رئيسية أو تبعية، تتميز الوكالة المستخدمة في عملية التأجير التمويلي بعدة خصائص مقارنة بالوكالات المستعملة في ميادين أخرى، ومن ذلك نذكر:

أ. **وكالة مأجورة**: إذا كان الأصل أن الوكالة من عقود التبرع، إلا أنه يمكن أن تكون من عقود المعاوضة، إذا اشترط فيها الأجر صراحة أو ضمناً، أو كان الوكيل ممن لا يعمل بغير أجر[1]. وهذا هو الحال في الوكالة المستعملة في التأجير التمويلي إذ تبرم الوكالة مقابل عوض، لأن عملية التأجير التمويلي يتقابل فيها ثلاثة تجار (مع إمكانية كون المستأجر غير تاجر)، وباعتبار أن التبرعات مستبعدة مبدئيا في مجال التصرفات التجارية، فإن من نتيجة ذلك إثقال المستأجر

---

(1) عبد الرحمان، محمد شريف عبد الرحمان أحمد، المرجع السابق، ص31.

بمسؤوليات إضافية تتعلق خصوصا بزيادة مقدار العناية التي يتعين عليه بذلها، على أن الأجرة في هذه الوكالة ليست نقدية، بل تتمثل في أن الوكيل جد معني بإتمام عملية التأجير التمويلي، مما يحقق مصلحته المباشرة في الحصول على العين المؤجرة[1].

ب. قد تكون وكالة ضمنية تستخلص من ظروف التعاقد[2].

ج. وكالة تجارية من جانب المؤجر التمويلي على الأقل: تعتبر الوكالات في اتفاقيات التأجير التمويلي تجارية اتجاه الموكل، ذلك أن الأخير مؤسسة مالية أو بنك مقيد في السجل التجاري، ويمارس نشاطاً تجارياً، ويمكن أن يكون الوكيل كذلك تاجراً، وفي هذه الحالة تعد الوكالة طبقا للشريعة العامة تجارية[3].

د. عدم جواز إنهاء الوكالة بالإرادة المنفردة للموكل (المؤجر التمويلي): الوكالة طبقا للقواعد العامة عقد غير لازم، فللموكل عزل الوكيل، كما يجوز للوكيل التنحي عن الوكالة، وذلك قبل إتمام التصرف القانوني محل الوكالة[4].

ولكن خلافاً لهذه القواعد العامة، يعتبر الإلغاء الانفرادي لإحدى الوكالات المستعملة في عملية التأجير التمويلي تعسفا في استعمال الحق، ومن ثم إمكانية مساءلة الموكل عن ذلك. لأن تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي يتوقف على تنفيذ محل الوكالة، ولما كان لا يجوز فسخ عقد التأجير التمويلي إلا إذا أخل الطرف الآخر بالتزامه، فلا يجوز – بالنتيجة – إلغاء الوكالة بتقدير فردي من الموكل (المؤجر التمويلي)[5]. وبالتالي نستنتج عدم إمكان إلغاء الوكالة تحت

---

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص56 وكذلك ص68.
(2) القلاب، بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص173.
(3) فخري، رياض، المرجع السابق، ص110.
(4) السنهوري، عبد الرزاق الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص375. وانظر كذلك: نص المادة 2004 من القانون المدني الفرنسي، والذي يقابل نصي المادتين 863 و865 من القانون المدني الأردني، ونصي المادتين 587 و588 من القانون المدني الجزائري.
(5) فخري، رياض، المرجع السابق، ص107 و108.

جزاء تغيير طبيعة اتفاقيات التأجير التمويلي، إذ يرتبط الأخير بحميمية وبشكل غير قابل للانفصال بعقد الوكالة[1].

ه. **وكالة خاصة:** يميل الباحث إلى القول بضرورة أن تكون الوكالة الممنوحة من المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي وكالة خاصة، لأن الثاني يقوم بناء على تفويض من الأول بأعمال تترتب عليها آثار قانونية هامة ومباشرة، مما يجعل من الصعب وصفها بأعمال الإدارة.

توصلنا إلى أن المستأجر التمويلي يختار العين وموردها، ثم يفاوضه ويستلمها منه على أساس أنه وكيل في ذلك عن المؤجر التمويلي، ونضيف على ذلك أن علاقة المستأجر بالمورد ليست بالتأكيد من طبيعة عقدية، وإذا تضرر المورد من إحدى تصرفات المستأجر فله أن يرفع دعوى ضده طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية. فمثلا، لو افترضنا أن المستأجر امتنع أو تأخر عن تنظيم محضر الاستلام، وهو المستند الذي يطلبه المؤجر حتى يدفع الثمن، فتثور حينئذ مسؤولية المستأجر التقصيرية في مواجهة المورد.

الفرع الثاني: الحق القانوني للمستأجر في الرجوع على المورد (أو المقاول)

تتولد أغلب النزاعات التي تثور في ميدان عقود التأجير التمويلي عن الملمح التقني للأصل المؤجر، إما بسبب عدم مطابقته للمواصفات الواردة في وصل الطلبية، وإما بفعل عيوب في المنشأ لا تظهر إلا عند الاستعمال، فعلى فرض ظهور أحد هذه العيوب تثور الحاجة لمعرفة من له صفة مساءلة المورد عنها، المستأجر أم المؤجر؟

يملي أحد المبادئ القانونية الراسخة أن أثر العقد يقتصر على طرفيه، وإعمالا لذلك يظل المؤجر صاحب الحق والصفة في الرجوع على المورد (أو المقاول) بدعوى ضمان العيوب الخفية، ذلك أن عقد التوريد (أو المقاولة) طرفاه هما المؤجر والمورد (أو المقاول).

إلا أن البحث أكد فيما سبق – ويجدد التأكيد – على ضرورة تفسير وقراءة عقد الليزنغ على ضوء الهدف الاقتصادي منه، ذلك أن التأجير التمويلي يقوم – من

(1) رأي للدكتور أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، ذكره: فخري، رياض، المرجع السابق، ص108.

الناحية الاقتصادية – على أطراف ثلاثة: المستأجر والمؤجر والمورد (أو المقاول). بل ويعد المستأجر التمويلي الحلقة الأهم وفق التحليل الاقتصادي للعقد، حيث تعد تعاملاته مع المورد (أو المقاول) بمثابة محرك عمليات الليزنغ.

ومعنى ذلك أن التقنيات القانونية الكلاسيكية قد تعجز عن تفسير كل آثار عقد التأجير التمويلي، من ذلك حق رجوع المستأجر التمويلي مباشرة على المورد (أو المقاول) بدعوى ضمان العيوب الخفية، رغم أنه لم يرتبط معه بأي عقد. إذ يمثل هذا الرجوع خروجا على مبدأ نسبية آثار العقد[1].

وهنا نكون قد فتحنا الحديث عن مسألة قانونية دقيقة[2] أثارت الكثير من الجدل الفقهي هي: ما هو الأساس القانوني لدعوى المستأجر ضد المورد للمطالبة بضمان العيوب الخفية؟

تقتضي الإجابة على التساؤل أعلاه التمييز بين وضعين: وضع غالب ووضع نادر.

يكون رجوع المستأجر بالضمان مباشرة على المقاول دون حاجة إلى تدخل من شركة التأجير التمويلي في فرض واحد، ألا وهو تعاقد المستأجر مع مقاول البناء باسمه الشخصي. ويكون ذلك إذا ما كان المستأجر في مركز المقاول في علاقته بشركة التأجير التمويلي، ثم يبرم عقد مقاولة من الباطن مع مقاول البناء (المقاول من الباطن). ففي مثل هذه الأحوال، يكون للمستأجر الرجوع على المقاول من الباطن كما لو أن العقار تم بناؤه لحسابه الخاص، وذلك بوصفه ربا للعمل في علاقته بمقاول البناء[3].

وباستثناء الحالة السابقة، يكون المستأجر أجنبيا عن عقد البيع (أو المقاولة)، ولذلك لا يستطيع – في غياب النص القانوني – الرجوع على البائع (أو المقاول)

---

(1) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص15.
(2) يصفها رأي في الفقه بـ(المعقدة)، انظر حول هذا الرأي:
الأحدب، عبد الحميد، المرجع السابق، ص94.
(3) دويدار، هاني محمد، المرجع السابق، 360.

بالضمان ما لم تمكنه شركة التأجير التمويلي من ذلك، باعتبار الأخيرة صاحبة الحق أصلا في هذا الضمان. وبالتالي لا بد أن يتضمن عقد التأجير التمويلي وسيلة لنقل حق الشركة الممولة إلى المستأجر تكون نافذة في مواجهة البائع (أو المقاول)[1]. وبالفعل، يشهد الواقع العملي أن عقود التأجير التمويلي تتضمن بنودا تحيل الحق في ضمان العيوب الخفية إلى المستأجر في مواجهة المورد مباشرة[2].

ولهذا الغرض، قد تكون إحدى تقنيات الوكالة أو الإنابة أو الاشتراط لمصلحة الغير أو حوالة الحق بمثابة الوسيلة القانونية لمنح المستأجر حق الرجوع المباشر على المورد بدعاوى ضمان العيوب الخفية، لذلك تبدو الحاجة للبحث عن أكثر هذه القوالب العقدية اتفاقا مع طبيعة عقد التأجير التمويلي[3].

وفي هذا الصدد، تضاربت آراء الفقه في الإجابة على السؤال السابق كالآتي:

أولا: الوكالة

ذهب فريق فقهي إلى أن أنسب التقنيات لتفسير رجوع المستأجر على المورد هي عقد الوكالة[4]. وفي نفس الاتجاه، يرى البعض أن شركة التأجير التمويلي بوصفها دائنة بضمان البائع، تستطيع توكيل المستأجر في الرجوع على هذا البائع[5]، وبموجب هذه الوكالة، يستطيع المستأجر إعمال دعوى إنقاص الثمن، أو دعوى التعويض، أو دعوى رد المبيع[6]، فضلا عن إمكانية إقامة دعوى فسخ عقد البيع[7].

---

(1) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص329.

(2) Piérre-Gabriel Jobin, la garantie des vices dans l'écheveau du leasing, page 921, un article disponible sur le site: www.erudit.org
تاريخ تصفح الموقع: 03/ 02/ 2011.

(3) Piérre-Gabriel Jobin, op.cit, page 922.

(4) Piérre, Gabriel Jobin, op.cit, page 932.

(5) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص338.

(6) Bey, de la symbiotique…, op. cit, page 156.

(7) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص227.

فكثير من عقود التأجير التمويلي تحول للمستأجر حق ممارسة الدعاوى الناتجة عن البيع، وذلك عن طريق وكالة تقاضي تجعل من المستأجر صاحب الصفة في رفع الدعوى[1].

وقد لقي ذلك قبولا لدى جانب من القضاء، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه يمكن الاحتجاج على البائع بهذه الوكالة ما دام يتوفر بها شرطان: علم البائع بها وقبوله لها[2]. كما يرى اتجاه قضائي آخر في فرنسا أنه لا مانع من توكيل المؤجر للمستأجر في الرجوع على المورد[3].

ولكن ما يعاب فعلا على تقنية الوكالة كوسيلة لتحويل حقوق المؤجر إلى المستأجر، هو أنها لا تحقق أدنى نقل لحقوق المؤجر في ضمان المورد إلى المستأجر، بحيث يظل الأخير لا يتمتع بأية دعوى شخصية مباشرة في مواجهة المورد، لأنه يستخدم دعاوى المؤجر اتجاه المورد فقط[4]. وبعبارة مساوية، لا يمكن أن نفسر دعوى المستأجر على أساس الوكالة، لأنها دعوى شخصية ومباشرة للمستأجر نفسه[5]، فهو إن طالب البائع بالتعويض إنما يطالبه بتعويض ما لحقه شخصيا من أضرار، وليس ما يكون قد لحق شركة التأجير التمويلي من ضرر، ولا يهدف مطلقا إلى إضافة الآثار الناشئة عن دعاوى الضمان إلى ذمة الشركة الممولة[6].

فلا شك أن ما يطمح المستأجر التمويلي إليه هو الحصول على حق مساءلة المورد باسمه عن أي إخلال في التزامه بالمطابقة، خصوصا إذا علمنا أنه هو من يختار العين ويستلمها ويستعملها، ثم قد يتملكها بعد نهاية العقد. فإذا زدنا على ذلك أن

---

(1) Bonneau, Thierry op.cit, page 397.

(2) Cass Com 3/1/1972 bull no. 1p1. D. 1972 page 647.

(3) Cour comm., Toulouse, 2/9/1971.

(4) فخري، رياض، المرجع السابق، ص325. وفي نفس المعنى، انظر:
ناصيف،.إلياس، العقود الدولية (عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي)، المرجع السابق، ص384.

(5) Jean Calais-Auloy, op.cit, page 9. paragraphe 126.

(6) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص339.

المؤجر التمويلي – نظراً لهذه المعطيات – يسعى إلى إعفاء نفسه من المسؤولية عن عيوب الأصل المؤجر، فيصبح من الضروري إعطاء المستأجر حق الرجوع الشخصي والمباشر على المورد، وهو ما لا يتيحه عقد الوكالة.

ثانياً: الإنابة

الإنابة عملية قانونية ثلاثية الأطراف تبرم بمبادرة من شخص يسمى المنيب، من خلالها يلتزم شخص آخر يسمى المناب، تجاه ثالث يسمى المناب لديه بما كان يلتزم به الأول[1]. ونظام الإنابة بهذا المعنى لم يعالجه القانون المدني الأردني ولا مجلة الأحكام العدلية[2]. وفي المقابل، نظم المشرع الجزائري أحكام الإنابة في المواد من 294 إلى 296 من القانون المدني.

وغالبا ما تتم الإنابة أمام وجود علاقتين مسبقا، واحدة تربط المناب بالمنيب، وأخرى تربط المنيب بالمناب لديه، على أن وجود هاتين العلاقتين ليس شرطا لصحة الإنابة، لأن الإنابة تؤدي إلى خلق رابطة قانونية بين شخصين فقط، هما المنيب والمناب لديه، وهما فقط من يجب الحصول على موافقتهما على الإنابة[3].

وقد ذهب فريق فقهي إلى أن هذه هي الحالة في التأجير التمويلي، حيث يدين المورد بالتسليم والضمان للمؤجر باعتباره مشتريا، وفي ذات الوقت، يدين المؤجر

---

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص326.

(2) الشنطي، ريم عدنان عبد الرحمان، الإنابة في الوفاء (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفرنسي)، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، 2007، ص7، والرسالة متوفرة على الموقع الإلكتروني:
http://scholar.najah.edu/sites/scholar.najah.edu/files/thesis/delegation-payment-comparative-study-egyptian-and-jordanian-civil-laws-and-palestinian-draft-civil-l.pdf
تاريخ تصفح الموقع: 21/ 3/ 2011.
وفي نفس المعنى، انظر:
الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص17.

(3) شنب، محمد لبيب، دروس في نظرية الالتزام (الإثبات، أحكام الالتزام)، دار النهضة، 1975، ص380.

بنفس هذه الالتزامات للمستأجر. ومن ثم فإن الإنابة تسمح للمؤجر التمويلي (المنيب) بأن يأمر المورد (المناب لديه) بتنفيذ الالتزام بالتسليم والضمان لصالح المستأجر (المناب)[1].

ومع ذلك، فإن أهم انتقاد يمكن توجيهه للإنابة كأساس لتحويل حقوق المؤجر المتعلقة بالضمان تجاه المورد للمستأجر، هو أنها لا تقبل إلا إذا وافق عليها المورد (المناب لديه). ولا شك أن توقف الإنابة على إرادة المورد يقلل من أهميتها من جانب، ويخالف الواقع الذي يشهد أن المستأجر يملك حق الرجوع على المورد بدون حاجة لموافقة الأخير من جانب آخر. وزيادة على ما تقدم، لا يمكن قبول الإنابة لأنها لا تتماشى مع النية المشتركة للأطراف المتعاقدة، فنظرية الإنابة تلقي على عاتق المورد الالتزام بالضمان الذي كان ملزما به المؤجر، أي الالتزام الذي مصدره عقد التأجير التمويلي. إلا أن الواقع خلاف ذلك، إذ يتضح من استقراء عقود التأجير التمويلي أن نيات الأطراف تتجه إلى جعل المورد ملزما – في مواجهة المستأجر – بالضمان الناشئ عن عقد التوريد[2]. وفضلا عن كل ذلك، لم تتفادى نظرية الإنابة الانتقاد الموجه إلى نظرية الوكالة إذ يبقى المستأجر يتصرف باسم المؤجر.

وقد سنحت الفرصة لمحكمة النقض الفرنسية لرفض تأسيس رجوع المستأجر على فكرة الإنابة، وأهم ما استندت إليه في تبرير موقفها هو عدم جواز إلزام البائع بضمان المؤجر من جانب، وعدم جواز حرمانه من الاحتجاج بالدفوع من جانب آخر (لا يجوز للمناب لديه أن يحتج – في مواجهة المناب – بالدفوع التي كانت له ضد المنيب)[3].

---

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص326. وفي نفس المعنى انظر:
دويدار، هاني، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، 335.

(2) Calais , Jean Auloy, op.cit, page 9, paragraphe 128.

وفي نفس المعنى انظر أيضا:

Bey, de la symbiotique dans le leasing et credits-bails immobiliers, op.cit, page 44.

(3) Cass, comm, 25/1/1977, bulletin civil, 1977, no 24.

قرار قضائي ذكره:

ثالثاً: الحلول (الوفاء مع الحلول)

الحلول الشخصي هو إحلال شخص في حقوق عائدة لدائنية شخص آخر بعد الوفاء الذي يقوم به الأول للثاني[1]، وبعبارة مماثلة، يتم الحلول بقيام شخص من الغير بالوفاء بأحد الديون، ليحل بذلك محل الدائن الرئيسي به، فتنتقل الدائنية من الدائن الرئيسي إلى الشخص الذي قام بهذا الوفاء. وقد أورد المشرع الأردني تطبيقات عديدة لنظرية الوفاء مع الحلول خصوصا فيما يتعلق حلول المؤمن والكفيل محل المؤمن له والدائن – على التوالي – بالقدر الذي أوفاه (طبقا لنص المادتين 926 و982 من القانون المدني الأردني)، في حين اكتفى المشرع الجزائري بتقرير حلول الكفيل محل الدائن بعد قيامه بالوفاء للأخير (طبقا لنص المادة 672 من القانون المدني الجزائري).

وقد ذهب رأي فقهي إلى تكييف رجوع المستأجر على المورد بالحلول، إذ يحل المستأجر محل شركة التأجير التمويلي في الرجوع على البائع[2].

ولو قبلنا على سبيل الافتراض تبني تقنية الحلول لتفسير رجوع المستأجر على المورد، فمن إيجابيات ذلك أن الحلول ينتج أثره من لحظة موافقة المؤجر (الدائن الرئيسي) والمستأجر عليه، دون أن يشترط في ذلك موافقة المورد (أو المقاول).

إلا أن سهام النقد التي وجهت لصدر هذا التأصيل عديدة جدا، فالأستاذ E.M.Bey يرى أن «... إحلال شخص ما لا يمكن أن يتم إلا بمناسبة الوفاء وابتداء من تاريخ وقوعه، ومن ثم يجب على المستأجر أن يوفي للمؤجر أولا بجميع أقساط الأجرة الحالية والمستقبلة والقيمة المتبقية، إلا أن الواقع والمنطق يثبت أن المستأجر لا يمكن أن يقبل بهذا الطرح المناقض لهدفه من اللجوء إلى التأجير التمويلي كوسيلة تمويلية لمشروعه»[3]. كما يقول الأستاذ "Jean Calais-Auloy" أنه لا يمكن إطلاقا الحديث عن الحلول الشخصي لتفسير دعوى المستأجر في مواجهة المورد، ذلك أن

دويدار، هاني، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص337.

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص330.

(2) دويدار، هاني، المرجع السابق، ص 331.

(3) Bey, E.M. du transfert de la garantie…op.cit. page37.

الحلول يفترض تقديم دفعة مسبقة إلى الدائن الرئيسي، وهو ما لا يحدث في عملية التأجير التمويلي[1]، فالمستأجر يتمتع بحق الرجوع المباشر والشخصي على المورد (أو المقاول) دون أن يدفع له شيئاً.

لذلك، رفضت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عن غرفتها التجارية بتاريخ 9/ 7/ 1974 فكرة الحلول لتفسير رجوع المستأجر على المورد، وقد استندت في ذلك على أن الحلول يفترض قيام المستأجر بأداء كامل أقساط الأجرة بالإضافة إلى القيمة المتبقية للأصل، وهو ما لا يكون متحققا وقت إثارة المستأجر لضمان البائع[2].

ويضيف رأي آخر أنه حتى لو افترضنا – جدلاً – أن المستأجر أوفى بجميع الأقساط، فإن الحلول لا يمكن أن يحصل لأن الوفاء يجب أن يتم من الغير، في حين أن المستأجر عندما يدفع الأجرة فهو ينفذ أحد التزاماته[3]. كما يشير أحد الفقهاء إلى أن إبرام عقد التأجير التمويلي (الذي يتضمن مبدأ الحلول) قد يكون سابقاً على إبرام عقد البيع (مصدر التزام البائع بالضمان)، وبالرغم من أن الحلول لا يقتضي موافقة المدين عليه لنفاذه، إلا أنه لا يمكن تحققه قبل نشوء الحق الذي يوفي به المستأجر[4].

لذلك يرى الباحث أنه لا مجال لإعمال نظرية الحلول بأي حال من الأحوال، إذ أنه علاوة على المآخذ السابقة، فالإسقاط السليم لقواعد الحلول على حالتنا يعني قيام المستأجر بالوفاء بثمن العين للمورد (أو المقاول)، لكي يصبح مؤهلا لتحريك دعوى الضمان في مواجهة هذا المورد (أو المقاول). وهو أمر مستبعد الحدوث إن لم يكن مستحيلا. وعلة عدم انطباق قواعد الحلول في هذا الصدد يمكن حصرها في سببين: فأما الأول فهو كون المستأجر يرتبط مع المؤجر بعقد يتطلب تنفيذه تدخل المورد، وأما الثاني فهو عدم قيام المستأجر بأي وفاء على النحو الذي تقتضيه نظرية الحلول.

(1) Calais , Jean Auloy, op.cit, page9. paragraphe 126.

(2) Cass. Comm, 9/7/1974, bulletin civil, 225.

(3) Me "Harichaux-Ramu".

(4) Bey, du transfert…, op.cit, page 36.

رابعاً: الاشتراط لمصلحة الغير

الاشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط فيه أحد أطرافه (ويسمى المشترط) على الطرف الآخر (ويسمى المتعهد) التزاما لمصلحة شخص ثالث ليس طرفا في العقد (ويسمى المنتفع أو المستفيد)، وينشأ عن عقد الاشتراط لمصلحة الغير حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد[1].

ذهب أحد الفقهاء إلى أن المؤجر التمويلي (المشترط) يستطيع أن يشترط على المورد (المتعهد) بأن يتعهد بجعل المستأجر (المستفيد) يستفيد من الضمان الناشئ عن عقد البيع، وهو ما يجعل المستأجر يحصل على حق مباشر ضد البائع بالرجوع عليه إذا شاب العين المؤجرة عيب خفي[2]. فحسب هذا الرأي، يعتبر المستأجر في مركز الغير المنتفع من اشتراط لمصلحته بين المؤجر والمورد[3].

وقد قبل القضاء الفرنسي نقل الحق بالمطالبة بالضمان من المؤجر إلى المستأجر على أساس أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في كثير من أحكامه[4].

ويتطلب الاشتراط لمصلحة الغير موافقة المؤجر التمويلي (المشترط) وموافقة البائع (المتعهد)، ولا يكفي أن يشير المؤجر للاشتراط لمصلحة الغير في عقد التأجير التمويلي، بل يجب أن يكون معلوما وموافقا عليه من قبل البائع، ولذلك يجب أن يظهر الاشتراط لمصلحة المستأجر – على الأقل – في وصل الطلبية[5]. أما موافقة المستأجر فهي غير ضرورية، وكل ما لها من أثر هو أنها تجعل الاشتراط قطعيا ولا يمكن الرجوع فيه[6].

---

(1) الخصاونة، صخر، المرجع السابق، 232.

(2) فخري، رياض، المرجع السابق، ص333 و334.

(3) Calais , Jean Auloy, op.cit, page 9. paragraphe 127.

(4) Cass Com. 15/1/1985 Bull no. 25 page 20.
Arret de la cour de ''Agen''. 15/1/1969.

(5) Bey , de la symbiotique…page122.

(6) فخري، رياض، المرجع السابق، ص334.

على أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يمكن إلا أن يكون تابعا لعقد البيع الذي يعتبر فيه المستأجر أجنبيا تماما، ولا يمكن أن يرتبط بعقد التأجير التمويلي الذي يعتبر فيه المستأجر طرفا والبائع أجنبياً[1].

وأهم انتقاد لتأسيس رجوع المستأجر على المورد على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير حسب أحد الفقهاء هو: «الاشتراط لمصلحة الغير لا يعد وسيلة لنقل الحقوق، بل هو ينشئ للمستفيد حقا شخصيا ومباشرا اتجاه المتعهد لا يمر أبدا من ذمة المشترط»[2]. أي أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لا تصلح لتفسير التزام المورد بالضمان في مواجهة المستأجر، لأن الواقع في هذا الالتزام أن المؤجر نقل حقه في الرجوع على المورد بدعوى الضمان إلى المستأجر.

وعلاوة على ذلك، يوجه البعض إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الانتقاد الآتي: تفترض هذه النظرية أن العقد الرئيسي يبرم وينفذ بين المؤجر والمورد فقط، أما المستأجر فليس إلا شخصا من الغير. إلا أن الحقيقية عكس ذلك، فالمستأجر يمثل طرفا في عملية مركبة هي (التأجير التمويلي)[3].

ومن هنا يتضح مدى مغالاة الفقه فيما يذهب إليه من أن الاشتراط لمصلحة الغير هو أصدق القوالب تعبيرا عن آلية رجوع المستأجر على البائع بالضمان، لأن الجوانب الفنية للاشتراط لمصلحة الغير لا تتسق مع البناء القانوني لعملية التأجير التمويلي[4].

لذلك يصعب تأصيل حق الرجوع المباشر للمستأجر على المورد بالاستناد على أحكام نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

---

(1) فخري، رياض، المرجع السابق، ص334.

(2) فخري، رياض، المرجع السابق، ص337. وانظر في نفس المعنى:
الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص232.

(3) Calais , Jean Auloy, op.cit, page 9. paragraphe 127.

(4) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص355.

خامساً: حوالة الحق

حوالة الحق[1] هي اتفاق بين الدائن وشخص آخر يقصد به نقل حقوق الدائن قبل المدين إلى هذا الشخص، ويسمى الدائن المحيل، في حين يسمى الشخص الآخر المحال له، ويدعى المدين المحال عليه[2].

ويرى بعض الفقهاء[3] أن نظرية حوالة الحق هي الأكثر ملائمة لتفسير رجوع المستأجر على المورد، وهذا هو التفسير الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها (مثل قرار صادر عن غرفتها التجارية بتاريخ 26/ 1/ 1977)[4].

ففي ميدان عقود التأجير التمويلي، يستطيع المؤجر المحيل أن يحول حقه بالضمان تجاه البائع المحال عليه للمستأجر المحال له[5]، ويمكن الاحتجاج بهذه الحوالة متى علم بها البائع وقبلها، وقبول البائع ليس شرط صحة بل هو شرط للاحتجاج بالحوالة على الغير، الأمر الذي يشكل أول ميزة للحوالة مقارنة بالاشتراط لمصلحة الغير والإنابة[6]. ولما كان من المسلم به أن قبول المحال عليه يجوز أن يستنتج من فعل معين له، أو حتى بناء على إرادته الضمنية، فيمكن القول أن المورد يصبح مدينا بالضمان في مواجهة المستأجر بقبوله وصل الطلبية من المؤجر، أو على الأقل بتوقيعه على محضر الاستلام[7].

---

(1) وهي عقد معروف في ظل قوانين فرنسا والجزائر والأردن، إذ نظمها المشرع الفرنسي في نص المادة (1690) وما بعدها من القانون المدني، ونظمها المشرع الجزائري في نص المادة (239) وما بعدها من القانون المدني، ونظمها المشرع الأردني في نص المادة (993) وما بعدها من القانون المدني.

(2) شنب، محمد لبيب، دروس في نظرية الالتزام (الإثبات، أحكام الالتزام)، المرجع السابق، ص360.

(3) Calais , Jean Auloy, op.cit, page 9, paragraphe 129.

(4) قرار قضائي أشار إليه:

Calais, Jean Auloy, op.cit, page 9, paragraphe 129.

(5) Bonneau, Thierry op.cit, page 398.

(6) فخري، رياض، المرجع السابق، ص337 و338.

(7) Calais, Jean Auloy, op.cit, page 9, paragraphe 129.

وبالتوازي مع هذه الحوالة، عادة ما تعفي بنود عقد التأجير التمويلي المؤجر من كل مسؤولية عن إخلال المورد بالتسليم أو العيوب الخفية للعين المؤجرة، هذه البنود التي يمكن تسميتها بـ(شرط عدم الرجوع على المؤجر) قبلها الفقه والقضاء، ولكن على شرط أن يكون المستأجر هو من اختار المال المؤجر، وأن يحول المؤجر للمستأجر دعاوى الضمان ضد المورد[1].

«ويترتب على اعتناق تقنية حوالة الحق لتفسير رجوع المستأجر – مباشرة – على المورد اعتبار الأول في مركز المشتري في مواجهة الثاني، فيحق له حتى المطالبة بفسخ عقد التوريد إذا أخل المورد بالتزامه (المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي[2]). كما يستطيع المستأجر كذلك أن يطالب إما بتخفيض الثمن أو فسخ العقد في حالة وجود عيوب خفية بالأصل المؤجر (المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي[3])، وكذلك يجوز للمستأجر – أخيراً – أن يكتفي بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن إخلال المورد بالتزامه. إلا أن حوالة الحق المستعملة في عقود التأجير التمويلي عادة ما تكون محددة، إذ تسمح شركات التأجير التمويلي للمستأجر بالمطالبة بتخفيض الثمن أو تعويضات من المورد عن الأضرار التي أصابته. وفي المقابل، لا تعطي له حق طلب فسخ عقد التوريد، الذي يظل حقا حصريا لها»[4].

ويستطيع المورد (المحال عليه) – إعمالا لأحكام الحوالة – الاحتجاج على المستأجر (المحال له) بالدفوع التي كان يمكن الاحتجاج بها ضد المؤجر المحيل، لأن الحوالة لا تخلق حقا جديدا لصالح المحال له، بل تنقل الحق بكل ملحقاته وتوابعه، فحوالة الحق تغير الدائن لا الدين[5]. وهذا أثر مرغوب فيه من وجهة نظر الباحث،

---

(1) Bonneau, Thierry op.cit, pages 398 et 399.

(2) وهي تقابل نص المادة (246) من القانون المدني الأردني ونص المادة (119) من القانون المدني الجزائري.

(3) وتخفيض الثمن غير معروف في القانونين الجزائري والأردني

(4) Calais, Jean Auloy, op.cit, page 9, paragraphe 130.

(5) شنب، محمد لبيب، المرجع السابق، ص363. وفي معنى مقارب انظر: دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص349.

ذلك أنه لا يعقل إلزام المورد بتنفيذ التزامه بالضمان إذا كان المؤجر التمويلي قد أخل بإحدى الالتزامات المترتبة عليه بمقتضى عقد التوريد.

ورغم ذلك، تعزف شركات التأجير التمويلي عن استخدام تقنية الحوالة لشدة إجراءاتها، لأن الحوالة تقتضي إعلام المحال عليه في تصرف رسمي، مما قد يدعو إلى تدخل موظف عمومي[1] حتى يمكن الاحتجاج بالحوالة على البائع (المحال عليه)[2]. وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على ضرورة إعلام وموافقة المحال عليه لصحة الحوالة في قرار هذا منطوقه:

«يشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال عليه والمحال له عملاً بالمادة (996/ 1) من القانون المدني، وأن الحوالة إذا انتفى أحد شرائط انعقادها تبطل عملاً بالمادة 1001 من القانون ذاته.

إذا لم تقدم الجهة المدعية أية بينة تثبت رضا المحال عليه – الجهة المدعى عليها – فيكون عقد حوالة الحق المبرم بين البنك المدعي – المحال له – والمدعى عليه – المحيل- باطلاً لعد ثبوت رضا المحال عليه ...»[3].

كما يلاحظ أن حوالة الحق في مجال عقود الليزنغ قد تقوم قبل نشأة الحق المحال، لأن الحوالة ترد في عقد التأجير التمويلي، وهو أسبق في الإبرام من عقد البيع الذي يتضمن حق المؤجر في الضمان، وهذا يتنافى مع التزام المحيل بضمان وجود الحق وقت الحوالة[4]. وفي تقدير الباحث، يعد هذا الانتقاد العائق الأبرز لغايات تأسيس رجوع المستأجر على المورد (أو المقاول) على أحكام حوالة الحق.

---

(1) للإشهاد على المحرر الرسمي، وهذا ما يتم في فرنسا والجزائر لدى الموثقين وفي الأردن أمام موظف الشهر العقاري.

(2) فخري، رياض، المرجع السابق، ص338.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 3355/ 2004 (هيئة خماسية) تاريخ 20/ 2/ 2005، منشورات مركز عدالة.

(4) فخري، رياض، المرجع السابق، ص339. وفي نفس المعنى انظر:
دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص350 و351.

وفي ختام استعراض التقنيات العقدية التي حاول الفقه الاستناد عليها لتكييف رجوع المستأجر على المورد بدعوى الضمان، يقول الباحث أن تقنية حوالة الحق هي التقنية الأقل انتقادا، لتلاؤمها إلى حد بعيد –مقارنة بالعقود الأخرى – مع خصوصيات عقد التأجير التمويلي.

إلا أن زبدة هذا النقاش هي أن العقد بمختلف أنواعه يعجز عن تفسير حق رجوع المستأجر التمويلي على المورد، لأن التسليم بخلاف ذلك يعني أن هذا الحق يصبح متوقفا على مدى توافر شروط صحة العقد الذي نقله، بحيث إذا غاب أحد هذه الشروط فيجد المستأجر نفسه عاجزا عن التصرف ضد البائع. وحتى لو تجاوزنا – جدلاً – هذه الحقيقة، فاتضح من خلال استعراض تقنيات الوكالة والإنابة والحلول والاشتراط لمصلحة الغير وحوالة الحق(1) أن أيا منها لا ينطبق بصفة كلية على حق الرجوع، فما إن تنجح إحداها في تفسير جانب من آلية ممارسة هذا الحق، إلا وتعجز عن تفسير جوانب أخرى. زيادة على ذلك، يفقد حق الرجوع كل معنى له إذا ظل معلقا على إرادة المؤجر التمويلي، خصوصا إذا علمنا بأنه الطرف القوي في العقد، مما يتصور معه إمكانية تقييد حق المستأجر التمويلي في الرجوع(2) أو حرمانه من هذا الحق أساسا. وفي هذه المرحلة، يكون الوقت مناسبا للإشارة إلى أن الاتجاه التشريعي الحديث يذهب إلى تقرير دعوى مباشرة وشخصية للمستأجر التمويلي للرجوع على المورد بضمان العيوب الخفية للعين المؤجرة، وحيث أنه لا اجتهاد مع صراحة النص من جهة، وعدم إمكانية تفسير رجوع المستأجر على المورد وفق القواعد الكلاسيكية للعقود من جهة أخرى، فلا مناص من اعتبار الجدل الفقهي السابق متجاوزا بالكامل

---

(1) حول هذه النظريات يقول الأستاذ (Jean Calais-Auloy) أنه لتفسير دعوى رجوع المستأجر على المورد يجب رفض – دون تردد – نظريتي الوكالة والحلول، في حين قال عن نظريتي الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة أنهما أكثر قبولا، إلا أنه فضل اعتناق نظرية حوالة الحق في الأخير. لمزيد من التفصيل انظر:
Calais, Jean Auloy, op.cit, page 9. Paragraphes de 126 a 130.

(2) دويدار، هاني محمد، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، المرجع السابق، ص36.

في ظل التشريعات التي نظمت حق الرجوع، لنبحث فيما يأتي عن تأصيل من نوع آخر لالتزام المورد بضمان العيوب الخفية في مواجهة المستأجر.

سادساً: حق المستأجر في رفع دعوى مباشرة وشخصية ضد المورد مصدره القانون

تنص قوانين التأجير التمويلي المعاصرة[1] – صراحة – على حق المستأجر في الرجوع على المورد (أو المقاول) بدعوى ضمان العيوب الخفية باسمه ولحسابه الشخصي. وهي مداخلات تشريعية في محلها، لأنها كفيلة بحل معضلات البحث عن أساس التزام المورد بالضمان في مواجهة المستأجر، فبكل بساطة ووضوح يجد حق المستأجر في الرجوع على المورد بضمان العيوب الخفية مصدره في القانون.

وبعبارة أخرى، الأساس القانوني لرجوع المستأجر على المورد بدعوى مباشرة وشخصية هو القانون نفسه. ولذلك تعد هذه الدعوى أهم ما يكرس الارتباط الوثيق[2] بين عقدي التأجير التمويلي والتوريد[3].

وأولى النتائج المترتبة على ذلك هو أنه لا دخل لإرادة الأطراف في تقرير هذا الحق أو نفيه، وإنما يملك المستأجر – بقوة القانون – الرجوع مباشرة على المورد مطالبا إياه بضمان العيوب الخفية للعين المؤجرة.

وقد تم تقرير هذا الحكم بنصوص صريحة – أولاً – على المستوى الدولي، إذ ذهبت اتفاقية أوتاوا[4] المؤرخة في 28/ 5/ 1988 في المادة (10) منها إلى ما يلي:

---

(1) مثل المادة (13) من قانون التأجير التمويلي المصري رقم 95 لسنة 1995 التي تقابل المادة (13) من قانون التأجير التمويلي الأردني رقم 45 لسنة 2008، والمادة (10) من اتفاقية أتاوا المتعلقة بالتأجير التمويلي الدولي المؤرخة في 28/ 5/ 1988.

(2) أو (التفاعل العضوي) بين عقدي التأجير التمويلي والتوريد كما يعبر عنه الأستاذ الفرنسي (Bey)، انظر:

(3) الخصاونة، صخر أحمد، المرجع السابق، ص233.

(4) النص الكامل لاتفاقية أتاوا المتعلقة بالتأجير التمويلي الدولي متوفر على الموقع الإلكتروني: http://www.unidroit.org/french/conventions/1988leasing/1988leasing-f.htm.

«1. التزامات المورد التي تنتج عن عقد التوريد، يمكن أيضا للمستأجر التمويلي أن يتمسك بها، كما لو كان هو نفسه طرفا في هذا العقد، وكما لو كانت الأدوات من الواجب أن تسلم إليه مباشرة، ومع ذلك لا يكون المورد مسؤولاً اتجاه المؤجر التمويلي والمستأجر التمويلي عن نفس الأضرار...».

ويبدو أن الاتفاقية لم تكتف بمجرد الإشارة إلى وجود طرف ثالث في العملية (البائع)، وإنما جعلت من وجوده عنصرا حتميا في وصف العملية بأنها تأجير تمويلي. من هذا المنطلق، أعطت الاتفاقية للمستأجر حقا في التمسك بحقوق المؤجر التمويلي التي تنتج عن عقد البيع في مواجهة البائع، فله أن يطالبه بتنفيذ التزاماته وله أن يطالبه بالتعويضات عن إخلاله بإحداها[1].

وذهب رأي فقهي إلى أن الاتفاقية استبدلت مسؤولية المؤجر التمويلي بمسؤولية المورد، وأعطت للمستأجر التمويلي حقا في إثارة مسؤولية هذا المورد، لجبر الأضرار التي أصابته من جراء عدم التنفيذ، ولا يكون المورد مسؤولا عن تعويض المؤجر عن نفس هذه الأضرار[2].

وقد أحسنت الاتفاقية صنعا لما قررت أن المورد إذا عوض المستأجر عن الضرر الذي لحقه جراء عيب عدم المطابقة، فلا يجوز للمؤجر الرجوع على المورد بذلك. وبذلك تفادت الاتفاقية إشكالية تمسك كل من المؤجر والمستأجر بدعوى الرجوع، إذ اعتبرت أن الوفاء لأحدهما يعد وفاء للآخر، ومن نتائج ذلك أن المورد لن يسأل عن نفس الخطأ مرتين في مواجهة كل من المؤجر والمستأجر.

كما يحسب للاتفاقية أنها منعت المؤجر - بنص المادة (11) - من المساس بحقوق المستأجر التمويلي الناجمة عن عقد التوريد، فلا يستطيع التعديل من تلك الحقوق بتعديل شرط من شروط عقد البيع، وكل اتفاق على غير ذلك لا يسري في حق المستأجر التمويلي إلا إذا وافق عليه.

---

(1) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص556.

(2) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص557.

وبنفس الدقة، قرر المشرع الأردني للمستأجر حقا في الرجوع المباشر على المورد، وقد وصف المشرع الأردني – صراحة – هذا الرجوع بأنه حق يترتب للمستأجر التمويلي، وذلك في نص الفقرة الثالثة من المادة (10) من قانون التأجير التمويلي:

«أ. تترتب للمستأجر الحقوق والمزايا التالية:

...3. الحق في الرجوع على المورد مباشرة، فيما يخص جودة ونوعية المأجور وكميته وأحكام تسليمه والشروط الأخرى الواردة في عقد التوريد، وذلك بدون إجحاف بحق المؤجر بالرجوع على المورد».

كما جاء في نص الفقرة (ب) من المادة (13) من قانون التأجير التمويلي الأردني التأكيد على حق المستأجر في الرجوع المباشر على المورد كالآتي:

«أ. ما لم ينص عقد التأجير على غير ذلك، لا يعتبر المؤجر مسؤولا تجاه المستأجر عن إخلال المورد في تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه....

ب. في كل الأحوال يكون للمستأجر الرجوع على المورد مباشرة لمطالبته بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بمقتضى أحكام عقد التوريد، وعلى المؤجر تزويد المستأجر بكل المستندات والمعلومات المتوفرة لديه واتخاذ أي إجراءات أخرى لازمة لتمكين المستأجر من الرجوع على المورد وفقا لأحكام هذه الفقرة، وبخلاف ذلك يكون المؤجر مسؤولاً مباشرة تجاه المستأجر عن تنفيذ تلك الالتزامات».

يعطي القانون الأردني –إذن – للمستأجر حق الرجوع الشخصي والمباشر على المورد لمطالبته بتنفيذ التزاماته المترتبة عليه بمقتضى عقد التوريد، فحتى لو أغفل المتعاقدان الإشارة إلى هذا الحق استند المستأجر على نص القانون نفسه، أما إذا اشترطا حرمان المستأجر من هذا الحق فيكون شرطهما باطلا لمخالفته لقاعدة آمرة. وبذلك يكون المشرع الأردني قد كرس فكرة الارتباط بين عقدي التأجير التمويلي والتوريد[1].

---

(1) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص20.

كما يلاحظ أن المشرع الأردني سار على خطى اتفاقية أتاوا، إذ قرر للمستأجر التمويلي حق الرجوع مباشرة على المورد بنصوص صريحة. ويتفق القانون الأردني مع اتفاقية أتاوا أيضا في عدم قيام مسؤولية المؤجر في مواجهة المستأجر عن إخلال المورد في تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد التوريد، مما يعطي الانطباع أن قانون التأجير التمويلي الأردني مواكب لما استجد من تطورات تشريعية متعلقة بعقد التأجير التمويلي.

وإذا كان الباحث يؤيد مسلك كل من المشرع الأردني وواضعي اتفاقية أتاوا لما أقروا حق الرجوع للمستأجر على المورد بنصوص صريحة، إلا أنه ينتقد – في المقابل – موقفي المشرعين الفرنسي والجزائري اللذين أغفلا تقرير مثل هذا الحق، مما يفتح باب الاختلاف حول أساس حق الرجوع بناء على مختلف القوالب العقدية، وهو تأسيس منتقد سابقاً[1]. ولذلك تبدو الحاجة ملحة لوضع نصوص تشريعية – في القانونين الفرنسي والجزائري – تعطي للمستأجر حق الرجوع بدعوى مباشرة على المورد مطالبا إياه بضمان العيوب الخفية.

ومن مبررات تقرير حق قانوني للمستأجر في مساءلة المورد مباشرة نذكر:

أ. إخلال المورد بالتزاماته التي يفرضها عليه عقد التوريد لا يمس فقط المؤجر، وإنما يؤدي كذلك إلى الإضرار بمصالح المستأجر التمويلي، بل إن هذا الأخير هو من يتحمل وحده الخسارة الناجمة عن عدم التنفيذ، أو التنفيذ المعيب أو المتأخر[2].

ب. يوكل المؤجر – عادة – المستأجر في تسلم العين المؤجرة من المورد، والتأكد من مطابقتها للعقد، وتحرير محضر استلام. وفي نفس الوقت، كثيرا ما يعفي المؤجر نفسه في بنود العقد من أي مسؤولية متعلقة بتسلم الأصل المؤجر ومطابقته للمواصفات المتفق عليها، في ضوء هذه المعطيات التعاقدية يكون من المناسب إعطاء المستأجر حق الرجوع على المورد، ما دام لا يملك حق الرجوع على المؤجر.

---

(1) انظر ص226 و236 من هذا المؤلف.

(2) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص558.

ج. في غياب نص قانوني يقرر مثل هذا الرجوع المباشر، يحتدم النقاش بين الفقهاء حول تأسيس رجوع المستأجر على المورد، وقد رأينا عند استعراض الآراء التي قيلت في هذا الصدد أنه يصعب اعتناق أي منها. وأكثر من ذلك، حتى لو قبلنا أن المؤجر يتنازل عن حقه في الرجوع على المورد لصالح المستأجر وفق تقنية تعاقدية محددة، فنقع أمام مواجهة صعوبة أخرى، لأنه في أحسن الأحوال لن يقدر المؤجر أن يتنازل بأكثر من الحقوق المقررة له، وبالتالي، يصبح من حق المستأجر المطالبة فقط بتعويض الأضرار التي لحقت بالمؤجر من جراء إخلال المورد في تنفيذ التزامه، أما الأضرار التي لحقت المستأجر شخصيا فتظل مفتقدة لأي آلية قانونية لمساءلة المورد عنها. ويترتب على ذلك أن المستأجر قد يتعرض لخطر رفض دعواه إذا ثبت أن المؤجر لم يتضرر، أو إذا قدم المورد دفعا من الدفوع التي تعطل دعوى المستأجر، كالدفع بالمقاصة بين دين للمورد في ذمة المؤجر والتعويض الذي يدين به الثاني للأول[1].

د. تواتر العمل على أن المستأجر هو من يختار المال محل العقد ويستلمه، ويحدد المورد ويفاوضه، فإن ظهر عيب في هذا المال بعد استلامه، لا يعقل أن يرجع المستأجر بالضمان على المؤجر. فالأخير ظل بعيدا عن كل الأمور المتعلقة باختيار العين وموردها واستلامها، لذلك يستحسن أن تظل مسألة جودة العين ومطابقتها محصورة أيضا بين المستأجر والمورد، وأقصر الطرق وأمثلها لتحقيق ذلك، إعطاء الأول حق الرجوع على الثاني بدعوى مباشرة وشخصية مصدرها القانون.

ه. في حالة غياب مثل هذا النص القانوني، يؤدي تطبيق القواعد العامة إلى وجود دعويين: الأولى يرفعها المستأجر ضد المؤجر مطالبا إياه بضمان العيوب الخفية الناشئ عن عقد التأجير التمويلي، والثانية يرفعها المؤجر ضد المورد المخل بالتزامه في الضمان الناجم عن عقد التوريد[2]. إلا أن هذا الازدواج في الدعوى

---

(1) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص558.

(2) Contract de partenariat et domaine public, page 7,article disponible sur le site: http://www.ppp.bercy.gouv.fr/fiche-domaine_public.pdf.
تاريخ تصفح الموقع: 11/ 2/ 2011.

– كما يرى جانب من الفقه – يسيء إلى التركيب الهيكلي لعملية التأجير التمويلي[1]، فمن جانب يؤدي إلى تعقيد آلية مطالبة المستأجر بحقوقه، ومن جانب آخر لا يتماشى هذا الطرح مع ما استقر عليه العمل ويشهده الواقع العملي من تقرير رجوع شخصي ومباشر للمستأجر على المورد[2].

و. المستأجر هو الذي اختار الآلات والتجهيزات والمعدات، ثم هو الذي استلمها بصفته وكيلا عن شركة الليزنغ في ذلك، فإن كان ثمة عيوب فإنه هو المسؤول عن عدم اكتشافها[3] ولا دخل للمؤجر في ذلك، وبذلك يبدو منطقيا أن تبقى الخصومة حول العيوب الخفية بين المستأجر والمورد (أو المقاول).

الفرع الثالث: عقد مقاولة من الباطن

تم التوصل في ما سبق إلى أنه في حالة تأجير تمويلي لعقار يراد بناؤه تأخذ علاقة المؤجر بالمقاول وصف عقد مقاولة، إلا أن المؤجر قد يفضل إبرام عقد مقاولة مع المستأجر، لكي يتولى الأخير إدارة عملية البناء من الوجهة الفنية وتحت مسؤوليته الكاملة، ولأن المستأجر لا يكون – في الغالب – مؤهلاً لبناء العقار شخصيا يلجأ إلى أحد المقاولين لتشييد البناء وفق عقد مقاولة من الباطن.

وعليه، في الأوضاع التي تتبع فيها الخطوات السابقة تأخذ علاقة المستأجر بالمقاول الثاني وصف عقد مقاولة من الباطن، فتكون شركة التأجير التمويلي في مركز رب العمل، والمستأجر في مركز المقاول، في حين يصبح مقاول البناء في مركز المقاول من الباطن[4] (وهو المقاول الثاني كما يسميه المشرع الأردني[5]، وهو نفسه المقاول الفرعي كما يطلق عليه المشرع الجزائري[6]).

---

(1) Calais, Jean Auloy, op.cit, paragraphes 124 et 125, page 9.

(2) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص560.

(3) الأحدب، عبد الحميد، المرجع السابق، ص94.

(4) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص50 و51.
وفي نفس المعنى، انظر: المجالي، محمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص43.

(5) انظر نص المادة (799) من القانون المدني الأردني.

(6) انظر نص المادة (564) من القانون المدني الجزائري.

وبعبارة أخرى، تنشأ في مثل هذه الأوضاع رابطة عقدية شخصية ومباشرة بين المستأجر التمويلي والمقاول من الباطن، ألا وهي عقد المقاولة من الباطن. فيصبح كل طرف مدينا للآخر بالتزامات يسأل شخصيا عن تنفيذها.

وفي هذا المقام، لابد من استعراض مفهوم عقد المقاولة من الباطن بالرجوع إلى القواعد العامة لهذا النوع من العقود، مع تطبيق تلك القواعد كل مرة على عقد التأجير التمويلي موضوع الدراسة.

تفترض المقاولة من الباطن وجود عقدين متتابعين لهما طبيعة قانونية واحدة هي المقاولة، وثلاثة أطراف (رب العمل والمقاول والمقاول من الباطن)[1]. فالعقد الأول هو العقد الأصلي الذي يبرم بين طرفين هما: صاحب العمل والمقاول الأصلي، والعقد الثاني يبرم بين المقاول الأصلي وبين أجنبي عن العقد الأول يدعى المقاول من الباطن. إلا أنه يلاحظ أنه رغم وجود روابط اقتصادية ومالية مشتركة بين العقدين، إلا أنهما يعتبران مستقلان من الناحية القانونية سواء من حيث الأطراف أو من حيث الموضوع، وما ينشأ عنهما من التزامات[2].

فالمقاولة من الباطن هي عقد مقاولة بين مقاول من الباطن (المقاول الثاني) والمقاول المباشر (المقاول الأول) على تنفيذ العمل محل المقاولة الأصلية أو جزء منه، فيتفق الطرفان على أن يقوم المقاول من الباطن بتنفيذ العمل كله أو بعضه بدلا من المقاول المباشر مقابل أجر[3].

كما يعرف آخرون المقاولة من الباطن كما يلي: عقد يسند فيه المقاول الأصلي تنفيذ العمل المكلف بإنجازه أو بقسم منه إلى طرف آخر هو (المقاول من الباطن)

---

(1) فرحاتية، كمال عقد المقاولة الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص82. منشورة على الموقع الإلكتروني:

Ser-bu.uni-alger.dz/thesenum/frahtia_kamel.pdf

تاريخ تصفح الموقع: 26/ 01/ 2011.

(2) أبو عرابي، غازي خالد، المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع، دار وائل، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص17.

(3) ملكاوي، بشار عدنان، المرجع السابق، ص201.

الأجنبي عن عقد المقاولة، فيقوم الأخير بذلك نيابة عن المقاول الأصلي لقاء أجر. ويكون المقاول الأصلي مسؤولا عن أعمال المقاول من الباطن تجاه رب العمل[1].

وميزة هذا التعريف أنه يؤكد على مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن أمام صاحب العمل، وهذا يتطلب أن يكون الشخص الذي يتعاقد معه المقاول الأصلي مقاولا (يشترك في إنجاز العمل) لا موردا أو بائعا (يكتفي بتوريد مواد معينة). ويترتب على ذلك أن المقاول من الباطن يخضع لتوجيهات ورقابة المقاول الأصلي[2].

إذن، يجوز للمقاول -كقاعدة عامة- أن يقاول من الباطن في كل العمل أو جزء منه، ما لم يوجد شرط يمنعه من ذلك، أو كانت ظروف العمل نفسها تفترض الاعتماد على كفاية ومؤهلات المقاول الشخصية (كالرسام والطبيب والمهندس...)[3].

ولا يكفي للقول بوجود عقد مقاولة من الباطن أن يبرم المقاول الأصلي (المستأجر التمويلي) عقد مقاولة لاحقة، فمثل هذا العقد لا يفيد بالضرورة وجود مقاولة من الباطن، بل لابد أن يرتبط العقد اللاحق بالعقد الأصلي من حيث الاشتراك في تنفيذ محل العقد الأصلي كليا أو جزئياً[4]. وفي المقابل، يجب أن يكون عقد المقاولة من الباطن مسبوقا بعقد مقاولة أصلي، فإن لم يكن العقد السابق مقاولة، فإن عقد المقاولة اللاحق يعد عقد أصليا، والأسبقية لا تتعلق إلا بتاريخ إبرام العقدين، أما التنفيذ فقد يكون هناك تعاصر بينهما. ويضاف إلى ذلك، أنه لابد أن يكون التزام المقاول الأصلي (المستأجر التمويلي) عبارة عن التزام عقدي ناشئ عن

---

(1) الموقع الإلكتروني:

http://sarab.cz.cc/t7629-topic

تاريخ زيارة الموقع: 06/ 01/ 2011.

(2) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص19.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل(المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص209.

(3) وذلك طبقا لنص المادة (798) من القانون المدني الأردني.

(4) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص20.

عقد المقاولة، أما إذا كان مصدره القانون أو الاشتراط لمصلحة الغير، فإن العقد الذي يبرم فيما بعد تنفيذا لذلك الالتزام أو الاشتراط هو عقد مقاولة أصلية(1).

إذن، عندما يفرغ اتفاق المؤجر والمستأجر في صورة عقد مقاولة، يصح أن يعهد الأخير بالعمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر بموجب عقد مقاولة من الباطن. وفي هذا الفرض، عندما يقوم المستأجر باختيار المقاول ومفاوضته وتسلم العمل منه والرجوع عليه بالضمان إنما يقوم بذلك بوصفه متعاقدا أصيلا معه.

المطلب الثاني: الآثار القانونية الناشئة في العلاقة بين المستأجر والمورد (أو المقاول)

تقدم أن المستأجر يتصرف مع المورد (أو المقاول) إما على أساس الوكالة أو المقاولة من الباطن أو القانون (الذي يعطيه حق الرجوع على المورد بدعوى ضمان العيب الخفي). وبالتالي، تتحدد الالتزامات المتقابلة بين المستأجر والمورد (أو المقاول) بناء على هذا التأصيل القانوني.

بداية، إذا كانت الوكالة تفسر لنا بعض تصرفات المستأجر في مواجهة المورد (أو المقاول)، مثل اختيار المعدة واستلامها، ومفاوضة المورد (أو المقاول) وتحرير محضر الاستلام معه، إلا أن الوكالة ذاتها لا ترتب أي أثر في العلاقة بين المستأجر (الوكيل) والمورد أو المقاول (لأنهما من الغير بالنسبة لعقد الوكالة).

فلغايات التفاوض والتسليم، لا يمكن القول بنشوء علاقة قانونية مباشرة بين البائع والمستأجر، بالرغم من ارتباطهما الفعلي من واقع المفاوضات بينهما أو من واقع استلام المستفيد العين من البائع(2).

ذلك أن القواعد العامة في القانون تقضي بأن التصرف الذي يبرمه الوكيل يقوم على إرادته هو لا إرادة الموكل(3)، إلا أن القواعد العامة نفسها تقرر أن لا ينصرف أثر

(1) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص23.
(2) Bey et Cavalda, le credit-bail mobilier, op .cit, page 28.
(3) عبد الرحمان، محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص325.

التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى شخصه، بل ينصرف إلى شخص الموكل (المؤجر في دراستنا، وقد سبقت دراسة التزاماته اتجاه المورد في المبحث الأول من هذا الفصل). ولا يكون الوكيل مسؤولا إذا كان التصرف الذي عقده مع الغير باسم الموكل باطلا أو قابلا للإبطال، وذلك ما لم يثبت في جانبه خطأ شخصي[1]. كما ينبغي أن يتصرف الوكيل في حدود السلطة النيابية المخولة له من الأصيل، وفي حالة تجاوزه حدود الوكالة لا تنصرف آثار هذا التصرف إلى الأصيل إلا إذا أجازه، أما إذا لم يجزه فيكون الوكيل مسؤولاً عن تعويض الغير الذي تعاقد معه عن الضرر الذي لحق به[2].

من هذا المنطلق، أجاد البعض إذ قال: لأغراض التفاوض والتسلم في عقود التأجير التمويلي، تنشأ علاقة واقعية مباشرة بين المستأجر والبائع[3]، ومعنى ذلك أنه لا توجد أي علاقة قانونية مباشرة بين هذا المستأجر وذاك البائع[4]، ولكن هذا لا يمنع من تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في هذه العلاقة، فإذا امتنع المستأجر عن توقيع محضر الاستلام مثلا، كان للبائع أن يطالبه بالتعويض عن الأضرار التي أصابته على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية[5].

إذن، تنحصر الآثار القانونية التي تتولد في العلاقة بين المستأجر التمويلي والمورد (أو المقاول) في الدعوى المباشرة الشخصية للأول في مواجهة الثاني أولا (الفرع الأول)، وفي آثار المقاولة من الباطن في الأحوال التي يستخدم فيها هذا العقد لتنفيذ التأجير التمويلي العقاري ثانيا (الفرع الثاني).

---

(1) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص583 و584.
(2) عبد الرحمان، محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص329 و330.
(3) دويدار، هاني محمد، الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1999، ص95.
(4) القلاب، بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص177.
(5) رضوان، فايز نعيم، المرجع السابق، ص174.

الفرع الأول: دعوى المستأجر المباشرة والشخصية في مواجهة المورد (أو المقاول)

من المهم بالنسبة للمستأجر التمويلي الحصول على وسيلة شخصية ومباشرة توفر له ضمان العيوب الخفية للعين المؤجرة، مما يمكنه – بالنتيجة – من استغلال كامل وهادئ لمحل العقد، خصوصا إذا علمنا أن عقود التأجير التمويلي كثيرا ما ترد على أجهزة تقنية بمواصفات تكنولوجية عالية، مما يجعلها ميدانا خصبا لظهور العيوب الخفية بعد وضعها موضع التشغيل لا قبل ذلك[1]. ولما كانت القوانين محل المقارنة في البحث لا تقف على قدم المساواة من دعوى المستأجر على المورد، إذ وردت نصوص صريحة بهذا الشأن في بعض التشريعات دون الأخرى، فإن الأمر يستدعي الوقوف على حالة وجود النص أولا وحالة غيابه ثانياً.

أولاً: حالة وجود النص

رغم أن البعض يرى أن الوضع المثالي – في حالة إخلال المورد بالتزامه – هو أن يتمسك المؤجر بحقوقه الناشئة عن عقد التوريد[2] (يبدو أن هذا الرأي أراد تجنب صعوبات التأصيل القانوني لرجوع المستأجر على المورد). إلا أن الباحث يرى العكس، فالأجدى أن يرجع المستأجر على المورد باسمه الشخصي، ذلك أن المستأجر هو من يقوم عمليا بجل التصرفات المتعلقة باختيار العين واستلامها واستعمالها، فيكون بذلك الأقدر على التأكد من مدى مطابقة هذه العين للعقد، كما أن المؤجر يفضل أن يقتصر دوره على التمويل، دون أن يدخل في متاهات قضائية مع أحد أطراف عملية التأجير التمويلي. أما التحجج بتجنب الجدل حول التأصيل القانوني لحق رجوع المستأجر على المورد فهو مردود عليه أيضا، ذلك أن التوجه التشريعي الحديث يضطلع بالنص – صراحة – على مثل هذا الحق، وبالتالي لا أوضح من أن مصدر هذا الحق هو القانون نفسه.

فقد سبقت الإشارة إلى أن المادة (10) من اتفاقية أتاوا تعطي للمستأجر حق مطالبة المورد (أو المقاول) مباشرة بجميع التزاماته الناشئة عن عقد التوريد (أو

(1) Piérre, Gabriel Jobin, op. cit, page 921.

(2) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص559.

المقاولة)، كما تقرر المادتان (10 و13) من قانون التأجير التمويلي الأردني الحق في الرجوع على المورد مباشرة لمطالبته بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بمقتضى أحكام عقد التوريد[1]، ولا سيما ما يتعلق بجودة ونوعية المأجور وكميته وأحكام تسليمه[2]. وفي المقابل، تنفي الفقرة (أ) من المادة (13) من قانون التأجير التمويلي الأردني كل مسؤولية للمؤجر في مواجهة المستأجر عن إخلال المورد بتنفيذ التزاماته المترتبة عليه بمقتضى عقد التوريد، إلا في حالتي عدم تنفيذ المورد لالتزامه لسبب يعود للمؤجر، أو كان الأخير هو من اختار المورد.

ولم يكتف نص المادة (13) من قانون التأجير التمويلي الأردني بإقرار حق رجوع المستأجر على المورد مباشرة فيما يخص جودة المأجور وكميته واستلامه، بل ألزم المؤجر بتزويد المستأجر بكل المستندات والمعلومات المتوفرة لديه، واتخاذ أي إجراءات أخرى لازمة لتمكين المستأجر من الرجوع على المورد، كما أضافت نفس المادة أن نفقات الرجوع على المورد يتحملها كل من المؤجر والمورد بالتضامن. وهو تفصيل أجاد فيه المشرع الأردني.

إذن، عندما يتبين أن الأصل محل الإيجار مشوب بعيوب خفية، فإن قواعد الرجوع تمنع المستأجر من التصرف ضد المؤجر التمويلي، وتسمح له – في المقابل – بممارسة الدعاوى الناشئة عن عقد البيع ضد المورد[3].

ثانياً: حالة غياب النص

في غياب النص القانوني، تعفي بنود عقد التأجير التمويلي – عادة – المؤجر من كل مسؤولية عن عيوب التسليم أو مطابقة العين للمواصفات المتفق عليها، وهذا الاشتراط صحيح طبقا للقواعد العامة، ذلك أن القواعد المقررة للضمان تعتبر – في

(1) المادة (13) من قانون التأجير التمويلي الأردني.
(2) المادة (10) من قانون التأجير التمويلي الأردني.
(3) فخري، رياض، المرجع السابق، ص342.

العموم – قواعد مكملة[1]. وفي نفس الوقت، تقرر بنود العقد تنازل المؤجر للمستأجر عن دعوى ضمان العيوب الخفية ضد المورد[2].

فمثلا، خلا كل من قانون المؤسسات الممارسة للتأجير التمويلي الفرنسي وقانون الاعتماد الإيجاري الجزائري من النص صراحة على حق المستأجر التمويلي في الرجوع صراحة على المورد. وهو ما يجعل هذين التشريعين بعيدين عن مواكبة التطبيق الذي تواتر على إقرار حق مواجهة المستأجر المورد بدعاوى الضمان في عقود التأجير التمويلي.

فرغم سكوت المشرع، يشهد التطبيق في الجزائر على أن النص على حق المستأجر في الرجوع على المورد أصبح تقليدا معروفا في أغلب عقود التأجير التمويلي، ومن ذلك الفقرة الثانية من نص المادة (21) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة كما يمارسه بنك البركة الجزائري التي جاءت كالآتي: «...يخول البنك للعميل كل الحقوق والرجوعات التي يحق له التمسك بها ضد البائع الأول على سبيل الضمان...»، كما تضمنت المادة (11) من الشروط العامة للأصول غير المنقولة لنفس البنك نصا مشابها، وكذلك نذكر – في هذا المقام – المادة (05) من الشروط العامة للاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس الجزائر Natixis Algerie) الذي نصت على: «...إذا وجد مجال لإعمال ضمان المورد يحق للمستأجر التمويلي ممارسة –على نفقته– كل حقوق المؤجر التمويلي في الرجوع على المورد، شرط إخطار المؤجر التمويلي بذلك...».

توصلنا إلى أن المستأجر هو من يملك صفة الرجوع على المورد عن التسليم المعيب، إلا أن العمل قد يكشف مسألة أخرى في هذا الصدد، ما هو الحل لو تنازع المؤجر والمستأجر حول الرجوع على المورد؟ يجيب أحد الفقهاء عن هذا السؤال إجابة

---

(1) Calais , Jean Auloy, op.cit, page 9, paragraphe 125.

(2) Contract de partenariat et domaine public, page7,article disponible sur le site: http://www.ppp.bercy.gouv.fr/fiche-domaine_public.pdf,

تاريخ الزيارة: 11/ 2/ 2011.

تفي بالغرض إذ يقول: «للمؤجر في هذه الحالة الحق في الاستئثار في إقامة الدعوى باعتبار أنه الطرف الأصيل في العقد مع البائع، ولكن وفقا للقواعد العامة من حق المستأجر أن يطلب إدخاله في الدعوى باعتباره سيتأثر بمضمون الحكم»[1].

وحتى لو مارس المستأجر دعوى تنفيذ الالتزام بالتسليم أو بالضمان الناجم عن البيع، فإن العلاقات في العقود الأساسية لا يلحقها أي تغيير أو تعديل. فإذا ظل البيع قائما، يطلب من المستأجر الاستمرار في دفع الأجرة حسب الطريقة الموضحة في عقد التأجير التمويلي. ذلك أن الرجوع يسمح للمستأجر فقط بالاستمتاع بأصل خال من عيوب المطابقة، أو الحصول على تعويض الضرر الذي لحقه جراء وجود عيب في الأصل محل الإيجار[2].

ولكن، هل بإمكان المستأجر المطالبة بفسخ عقد التوريد (أو المقاولة) إذا أخل المورد (أو المقاول) بالتزامه بضمان العيوب الخفية؟

تنص الفقرة الثانية من المادة (10) من اتفاقية أتاوا على ما يلي:

«...2. هذه المادة لا تعطي للمستأجر التمويلي حقا في فسخ أو إبطال عقد التوريد دون رضاء المؤجر التمويلي».

يتضح من هذا النص أن الاتفاقية قيدت حق رجوع المستأجر على المورد بعدم المساس بالحق الحصري الثابت للمؤجر في المطالبة بفسخ عقد التوريد أو إبطاله، فحتى لو كان إخلال المورد بالتزاماته يقتضي فسخ العقد، أو اختلت إحدى أركان عقد التوريد مما يؤدي إلى إمكانية المطالبة بإبطاله، فلا يجوز للمستأجر المطالبة بأي من ذلك من تلقاء نفسه، إلا إذا حصل من المؤجر على موافقة بذلك[3].

---

(1) محاسنة، نسرين سلامة، المرجع السابق، ص152.

(2) فخري، رياض، المرجع السابق، ص342.

(3) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص559.

وفي موقف مشابه، لم يعط المشرع الأردني للمستأجر الحق في المطالبة بفسخ أو إبطال عقد التوريد، إذ نصت الفقرة (ب) من المادة (13) من قانون التأجير التمويلي الأردني على ما يلي:

«...ب. في كل الأحوال يكون للمستأجر الرجوع على المورد مباشرة لمطالبته بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بمقتضى أحكام عقد التوريد، وعلى المؤجر تزويد المستأجر بكل المستندات والمعلومات المتوفرة لديه واتخاذ أي إجراءات أخرى لازمة لتمكين المستأجر من الرجوع على المورد وفقا لأحكام هذه الفقرة، وبخلاف ذلك يكون المؤجر مسؤولاً مباشرة تجاه المستأجر عن تنفيذ تلك الالتزامات...».

ولما كان حق رجوع المستأجر على المورد مصدره القانون في ظل التشريع الأردني، يستفاد من هذا النص القانوني أنه أعطى للمستأجر حق الرجوع المباشر على المورد للمطالبة بتنفيذ التزاماته الناجمة عن عقد التوريد فقط، وبالتالي لا يجوز القول أن المستأجر يملك حق طلب فسخ عقد التوريد أو إبطاله، لأن في ذلك تحميلا لنص المادة (13) السابق أكثر مما يحتمل.

ويرى اتجاه فقهي أن هذا الحكم القانوني يرجع إلى كون المؤجر هو الطرف الأصيل في عقد التوريد، ومن ثم فلا يمكن المطالبة بفسخه أو إبطاله دون موافقته، حيث أن دعوى الفسخ من الممارسات المرتبطة بأطراف العلاقة العقدية على سبيل الحصر[1].

غير أن الأمر مختلف في القانونين الفرنسي والجزائري، فقد توصلنا – فيما سبق – إلى غياب النص التشريعي – في فرنسا والجزائر – المقرر لحق رجوع المستأجر على المورد، مما دفع الفقه إلى البحث عن تأسيس قانوني لمثل هذا الرجوع. وإذا كان البحث اصطفى نظرية حوالة الحق وفضل آخرون[2] نظرية الوكالة باعتبارهما أقدر القوالب العقدية – في غياب النص القانوني – على تفسير حق المستأجر في مطالبة المورد بتنفيذ

(1) السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص560.

(2) Bonneau, Thierry op.cit, page398.

التزاماته الناشئة عن عقد التوريد، فإن التسليم – ولو مع التحفظ – بذلك، ينتج عنه أن الاتفاق بين المؤجر والمستأجر يصبح هو الفيصل لتحديد مدى أحقية الأخير في طلب فسخ عقد التوريد أو إبطاله. فإن تضمنت الحوالة أو الوكالة الممنوحة من المؤجر للمستأجر حق المطالبة بالفسخ أو الإبطال، فيصبح من حق المستأجر طلب فسخ عقد التوريد أو إبطاله باسمه الشخصي. وبمفهوم المخالفة، لا يحوز المستأجر هذا الحق متى لم ترد عليه الحوالة أو الوكالة.

ومن الناحية العملية، قد يسمح المؤجر التمويلي – عادة – للمستأجر التمويلي بالمطالبة بتخفيض الثمن أو تعويضات من المورد عن الأضرار التي أصابته. وفي المقابل، لا يعطي له حق طلب فسخ عقد التوريد، الذي يظل حقا يحتفظ به لنفسه[1].

وفي هذا الصدد، يشير البعض إلى خطورة أن يتضمن الاتفاق بين المؤجر والمستأجر رجوع الثاني على البائع بصفة مطلقة، ذلك أن المؤجر إن سمح للمستأجر بطلب فسخ عقد البيع فإنه يترك مصير عملية التأجير التمويلي بيده، ولذلك دأبت شركات التأجير التمويلي[2] على فرض شرط في العقد يلزم المستفيد بإخطار الشركة بعزمه على طلب الفسخ، وضرورة تشاوره معها في الأمر. وفي كل الأحوال، تعهده بعدم رفع الدعوى ما لم تأذن له الشركة بذلك[3].

إذا، في حالة سكوت المشرع[4]، يرجع المستأجر – حسب البعض – على المورد (أو المقاول) لمطالبته بتنفيذ عقد التوريد (أو المقاولة) بموجب وكالة، إلا أن النقاش قد

---

(1) Calais, Jean Auloy, op.cit, page 9. paragraphc 130.

(2) ومثال ذلك ماورد في المفقرة الثانية من المادة 5 من الشروط العامة لعقد الاعتماد الإيجاري لشركة (ناتيكسيس الجزائر) كما يلي:
«...2. يكون المستأجر التمويلي كذلك مخولا – إذا رأى ذلك ضرورياً – برفع دعوى فسخ عقد البيع، بناء على الوكالة التي منحها له المؤجر التمويلي، شريطة أن يعلم – قبل مباشرة أية دعوى بهذا الصدد – المؤجر التمويلي بذلك...».

(3) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص340.

(4) مثلما هو حال المشرعين الفرنسي والجزائري اللذين أغفلا النص على حق المستأجر التمويلي في الرجوع المباشر على المورد (أو المقاول).

ثار حول التساؤل الآتي: مادام أن المؤجر قد تنازل بموجب وكالة عن الدعاوى ضد المورد لصالح المستأجر، فهل تؤدي نهاية عقد التأجير التمويلي بالبطلان أو الفسخ إلى انتهاء هذا التوكيل؟[1]

ذهب رأي فقهي إلى أن المستأجر يظل يتمتع بحق رفع دعوى ضمان العيوب الخفية ضد المورد حتى في حالة فسخ عقد التأجير التمويلي[2].

وعكس ذلك، يرى آخرون أنه بانحلال عقد التأجير التمويلي تنتهي الوكالة المعطاة للمستأجر بممارسة الدعاوى ضد المورد[3].

أجابت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23/ 6/ 1992 على هذا السؤال بالإثبات، إذ اعتبرت إنهاء عقد التأجير التمويلي يضع حدا لهذه الوكالة، بدون حاجة إلى إلغائها صراحة من طرف الموكل[4].

وأكدت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية هذا الحل في قرار لاحق يحمل رقم 956 ومؤرخ في 11/ 07/ 2006 جاء فيه: «... لما قررت محكمة الاستئناف أن فسخ عقد التأجير التمويلي يضع حدا للوكالة التي أعطاها المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي لممارسة دعاوى الضمان ضد المورد تكون بذلك طبقت صحيح القانون...»[5]، وقد كانت وقائع القضية كالآتي: قامت السيدة (س) بإبرام عقد تأجير تمويلي مع شركة (إكيراي) للتأجير التمويلي (la société bail écureuil)، وفي 1/ 11/ 2000 قامت شركة (إكيراي) للتأجير التمويلي بناء على طلب السيدة (س)

---

(1) Bonneau, Thierry op.cit, page 402.

(2) Contract de partenariat et domaine public, page 7,article disponible sur le site: http://www.ppp.bercy.gouv.fr/fiche-domaine_public.pdf

تاريخ زيارة الموقع: 11/ 2/ 2011.

(3) الحياري، أحمد إبراهيم، والعلاوين، كمال، المرجع السابق، ص14.

(4) Civ, 1re, 23 juin 1992, Bull, civ1, n196, page132. Un arrêt de la première chambre de la cour de cassation française disponible sur: Thierry Bonneau, op.cit, page 403.

(5) Bonneau, Thierry op cit, page 403.

بإبرام عقد توريد مع شركة (Sorofic)، إلا أن هذه الأخيرة ساءت أحوالها الاقتصادية لتوضع تحت التصفية، فتم فسخ عقد التوريد.

إلا أن السيدة (س) رفعت دعوى تطالب فيها بالإبقاء على عقد التأجير التمويلي باعتبارها وكيلة عن المؤجر التمويلي في مواجهة المورد، وأبدت استعدادها لدفع أقساط الأجرة بانتظام، كما قالت أنها تضمن أن شركة (إكيراي) للتأجير التمويلي ستدفع مستحقات التوريد إلى مصفي شركة (Sorofic) الموردة.

إلا أن محكمة استئناف (مونبليه) التي رفع أمامها هذا الطعن اكتشفت أن عقد التأجير التمويلي المبرم بين السيدة (س) وشركة (إكيراي) للتأجير التمويلي تم فسخه أصلا بقرار قضائي صادر بتاريخ 17/ 10/ 2000 لإخلال السيدة (س) بدفع أحد أقساط الأجرة.

فجاء قرار محكمة استئناف مونبليه بتاريخ 27/ 01/ 2004 كالآتي:

«... حيث أن فسخ عقد التأجير التمويلي يضع حدا للوكالة التي يعطيها المؤجر التمويلي للمستأجر التمويلي لممارسة دعاوى الضمان ضد المورد، فإن دعوى السيدة (س) ترفض لعدم التأسيس...»(1). ولما طعنت السيدة (س) في قرار محكمة استئناف مونبلييه أمام محكمة النقض الفرنسية، جاء قرار هذه الأخيرة مؤيدا بصفة كلية لقرار محكمة الاستئناف كما سبق أن ذكرنا.

ويرجح الباحث رأي محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد، ذلك أنه في غياب النص القانوني، يمارس المستأجر حقه في الرجوع على المورد بموجب بنود عقد التأجير التمويلي نفسه، فإذا فسخ هذا العقد فسخت جميع بنوده، بما فيها بند الرجوع. فأثر الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، والمستأجر لا يملك أي حق رجوع مباشر على المورد قبل إبرام عقد التأجير التمويلي.

---

(1) قرار قضائي رقم 956 صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11/ 7/ 2006 منشور على الموقع الإلكتروني:

www.courdecassation.fr

تاريخ تصفح الموقع: 30/ 08/ 2010.

بقي علينا أن نشير – في ختام الحديث عن رجوع المستأجر على المورد – إلى أنه لا مجال لاستعمال الدعوى المباشرة في حالة التأجير التمويلي المرتد[1]، لأن المستأجر في مثل هذه الأحوال يكون هو نفسه بائع الأموال المؤجرة، فإذا اشترط المؤجر في عقد التأجير التمويلي المرتد إعفاءه من الضمان اتجاه المستأجر، فلا يكون للأخير استعمال الدعوى المباشرة، فمن غير المعقول أن يرجع الشخص على نفسه بالضمان لمصلحة نفسه[2].

الفرع الثاني: آثار المقاولة من الباطن المستخدمة في التأجير التمويلي

من نتائج البحث السابقة أن العلاقة بين المستأجر ومقاول البناء قد تأخذ – في حالات محددة – وصف مقاولة من الباطن، يحتل المستأجر فيها مركز المقاول الأصلي، ويمثل مقاول البناء فيها مركز المقاول الفرعي. وعليه، تثور الحاجة مرة أخرى إلى استحضار أحكام المقاولة من الباطن – بالقدر الذي يخدم موضوع البحث – لغايات تحديد الآثار القانونية الناشئة في العلاقة بين المستأجر والمقاول في مثل هذه الأوضاع.

فبالرجوع إلى القواعد العامة[3]، نجد أن عقد المقاولة من الباطن وإن كان يستند في وجوده على عقد المقاولة الأصلي، إلا أنه متى نشأ صحيحا فإنه يتمتع باستقلال ذاتي عن العقد الأخير، هذا الاستقلال يجعل عقد المقاولة من الباطن جديرا بأن يحكم العلاقة بين طرفيه المقاول الأصلي (المستأجر في دراستنا) والمقاول من الباطن (مقاول البناء الذي تعاقد معه هذا المستأجر)، ولا شأن لرب العمل (المؤجر في بحثنا) بهذه العلاقة فهو يعد أجنبيا عنها[4].

---

(1) أو عملية (البيع وإعادة الاستئجار) كما سماها المشرع الأردني في نص الفقرة (أ) من المادة (4) من قانون التأجير التمويلي.

(2) ناصيف، إلياس، العقود الدولية (عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي)، المرجع السابق، ص354.

(3) نظم المشرع الأردني عقد المقاولة الفرعية في المادة (798) وما بعدها من القانون المدني، في حين نظم المشرع الجزائري عقد المقاولة الفرعية في المادة (564) وما بعدها من القانون المدني.

(4) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص67.

وتكون العلاقة بين المقاول الأصلي (المستأجر) والمقاول من الباطن (مقاول البناء) علاقة رب عمل بمقاول، ينظمها عقد المقاولة من الباطن. فيكون المقاول الأصلي (المستأجر) بالنسبة للمقاول من الباطن (مقاول البناء) رب عمل، عليه جميع التزامات رب العمل، ويكون المقاول من الباطن (مقاول البناء) بالنسبة إلى المقاول الأصلي (المستأجر) مقاولا، عليه جميع التزامات المقاول[1]. وبيان ذلك كما يلي:

أولاً: التزامات المقاول الأصلي (المستأجر)

يلتزم المقاول الأصلي (المستأجر في هذا الموضع) بثلاث التزامات هي: تمكين المقاول من الباطن (مقاول البناء هنا) من إنجاز العمل، وتسلم العمل بعد إنجازه، ودفع الأجر (البدل)، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أ. الالتزام بتمكين المقاول من الباطن (مقاول البناء) من إنجاز العمل

لم يورد المشرع – في القانون المقارن – نصاً خاصاً يلزم فيه صاحب العمل بالتعاون مع المقاول، إذا كان هذا التعاون ضروريا لإنجاز العمل. وبالتالي لابد من الرجوع إلى القواعد العامة والعرف وما يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقود[2].

فيلتزم المقاول الأصلي بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل، فإذا كان المقاول من الباطن في حاجة إلى أدوات ومواد تعهد المقاول الأصلي بتقديمها له، وجب على الأخير أن ينفذ تعهده، وأن يسلم هذه الأدوات والمواد في وقت مناسب. وإذا كان عمل المقاول من الباطن يقتضي أن تقدم له مواصفات ورسوم ونماذج، وجب على المقاول الأصلي أن يقدم له ذلك لتمكينه من العمل، وعلى المقاول الأصلي أن يقوم بتنسيق الأعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن، أو ما بين المقاولين من الباطن

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص212. وفي نفس المعنى، انظر: قرة، فتيحة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1987، ص239.

(2) أبو عرابي، غازي خالد المرجع السابق، ص94.

المتعددين، بحيث لا يحول أحدهم دون تمكن الآخرين من تنفيذ أعمالهم[1]. وكذلك إذا كان موضوع المقاولة من الباطن تشييد بناء، ولا يمكن القيام بذلك قبل الحصول على التراخيص اللازمة، فعلى المقاول الأصلي أن يقدم التراخيص المعتمدة من الجهات المعنية، فإن لم ينفذها يكون قد أخل بتنفيذ التزام من التزاماته[2]. ويضاف إلى ما سبق، أن على المقاول الأصلي ترك المقاول من الباطن يعمل في هدوء ويسر، فلا يقيم أمامه العقبات، ولا يسبب له المشاكل أو الصعوبات من أي نوع، ولا يسحب منه العمل في أي وقت إلا بسبب مشروع[3].

وقد أكدت محكمة التمييز الأردنية على هذا الالتزام في قرار لها جاء فيه: «تعتبر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمقاول من الباطن في عقد المقاولة لتوقيفه المتعمد من المقاول الأصلي ناتجة عن الإخلال بالالتزام العقدي المفترض بحكم القانون، ذلك لأن مقتضى حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس أن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما تعهد به طبقا لشروط العقد وكافة مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف. وبما أن من مستلزمات عقد المقاولة تمكين المقاول من إنجاز العمل فإن الإخلال بهذا الالتزام يرتب على المخل مسؤولية تعويض المضرور عما لحقه من ضرر» [4].

وبتطبيق هذا الحكم على المقاولة من الباطن التي تستخدم في تنفيذ عقد التأجير التمويلي، يلتزم المستأجر (المقاول الأصلي) بتمكين مقاول البناء (المقاول من الباطن) من إنجاز العمل محل العقد، دون أن يتعرض له بما من شأنه أن يعيقه على أداء العمل أو يجعل القيام به عسيرا عليه.

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص213. وفي نفس المعنى، انظر: قرة، فتيحة، المرجع السابق، ص240. وانظر أيضا:الشهاوي عبد الفتاح، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص238.

(2) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص94.

(3) قرة، فتيحة، المرجع السابق، ص177.

(4) تمييز حقوق رقم 206/ 1999، مجلة نقابة المحامين لسنة 1992، العدد 7، 8، 9، ص899.

فإذا لم يقم المقاول الأصلي (المستأجر) بالتزامه من تمكين المقاول من الباطن (مقاول البناء) من إنجاز العمل على النحو المتقدم، كان للمقاول من الباطن (مقاول البناء) أن يطلب التنفيذ عينا ولو عن طريق التهديد المالي، وكان له كذلك أن يطلب فسخ المقاولة من الباطن، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض[1].

ب. الالتزام بتسلم العمل بعد إنجازه

يلتزم المقاول الأصلي (المستأجر) أيضا بتسلم العمل من المقاول من الباطن (مقاول البناء) بعد إنجازه، فمتى أتم المقاول من الباطن (مقاول البناء) العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلي (المستأجر)، وجب على الأخير أن يبادر إلى معاينته تبعا للمألوف في التعامل، وأن يتسلمه في مدة معقولة[2].

ولا يشكل تسلم العمل مجرد حق يتمتع به المقاول الأصلي (المستأجر)، فيكون له الخيار في ممارسته أو التنازل عنه، وإنما يشكل التزاما في ذمته يتعلق به حق المقاول من الباطن (مقاول البناء)، لذلك تترتب مسؤولية المقاول الأصلي (المستأجر) على عدم الوفاء به[3].

ويكون وقت التسلم في الميعاد المتفق عليه، فإن غاب الاتفاق تعين على المقاول الأصلي (المستأجر) تسلم العمل في آجال معقولة وفق طبيعة العمل وعرف الحرفة. وفي كل الأحوال، يبدأ حساب وقت التسليم من تاريخ إتمام المقاول من الباطن (مقاول البناء) العمل ووضعه تحت تصرف المقاول الأصلي (المستأجر). أما مكان

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص213. وفي نفس المعنى، انظر: قرة، فتيحة، المرجع السابق، ص240.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص214. وفي نفس المعنى، انظر:
قرة، فتيحة، المرجع السابق، ص240. وانظر أيضا:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص238 و239.

(3) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص97.

التسلم فهو نفسه مكان التسليم، ويحدده الطرفان بالاتفاق، ويتم باستيلاء المقاول الأصلي (المستأجر) على العمل وفق طبيعته[1].

فإذا امتنع المقاول الأصلي (المستأجر) دون سبب مشروع بعد إعذاره عن تسلم العمل، اعتبر أنه قد تسلمه. وفي مثل هذه الحالات، يجوز للمقاول من الباطن (مقاول البناء) أن يجبر المقاول الأصلي (المستأجر) على تنفيذ التزامه عيناً[2].

ويترتب على التسلم دون تحفظ إعفاء المقاول من الباطن (مقاول البناء) من المسؤولية عن العيوب التي كانت ظاهرة وقت حصول الاستلام، كما يترتب على تسلم المقاول الأصلي (وهو المستأجر هنا) للعمل محل المقاولة انتقال حراسة محل المقاولة إليه، فيصبح مسؤولا عن كل ما ينجم عنه من ضرر، إلا إذا أثبت أن هذا الضرر يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه[3].

ج. الالتزام بدفع الأجر

يلتزم المقاول الأصلي – أخيراً – بدفع الأجر إلى المقاول من الباطن، فيدفع له البدل المتفق عليه بينهما، فإن لم يكن هناك اتفاق على مقدار الأجر، وجب الرجوع في تحديد هذا المقدار إلى قيمة العمل الذي قام به المقاول من الباطن والنفقات التي صرفها في إنجازه[4].

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص214. وفي نفس المعنى، انظر:
قرة، فتيحة، المرجع السابق، ص241. وانظر أيضا:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص239.

(2) وهي إجراءات معروفة في ظل القانون المدني المصري (المواد من 334 إلى 337).

(3) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص110.

(4) السنهوري، عبد الرزاق العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص214. وفي نفس المعنى، انظر:
قرة، فتيحة المرجع السابق، ص241. وانظر أيضاً:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص239.

وفي ميدان المقاولة المستخدمة في تنفيذ التأجير التمويلي، يلتزم المستأجر التمويلي (المقاول الأصلي) – شخصياً – بدفع الأجر إلى مقاول البناء (المقاول من الباطن)[1].

فإذا أنجز المقاول من الباطن العمل محل المقاولة فإنه يستحق أجره، وهذا الأجر هو المحدد في عقد المقاولة من الباطن لا عقد المقاولة الأصلي، حيث أن المقاول من الباطن ليس طرفا فيه. والأجر ركن من أركان عقد المقاولة فلا يتم إلا به، ذلك أن المقاولات من عقود المعاوضة[2].

وتوجد – من الناحية العملية – طريقتان لتحديد الأجر: فأما الأولى فهي تحديد الأجر على أساس الوحدة، وأما الثانية فهي التحديد الإجمالي للأجر. فإذا اتفق على أجر بمقتضى مقايسة على أساس الوحدة ثم تبين أثناء تقدم العمل مصاريف إضافية لم تكن في الحسبان، جاز للمقاول من الباطن (مقاول البناء الذي تعاقد معه المستأجر) استرداد ما جاوز من نفقات من المقاول الأصلي (المستأجر)، على شرط إخطاره بذلك في الحال. أما إذا اتفق على أجر إجمالي جزافا على أساس تصميم معين، فليس للمقاول من الباطن (مقاول البناء) أن يطالب بأية زيادة في الأجر، إلا إذا أثبت أن هذه الزيادة ترجع إلى خطأ المقاول الأصلي (المستأجر)[3].

وقد يثور التساؤل في الحالات التي يخلو فيها عقد المقاولة من أي تحديد لمقدار الأجر عن سبل تعيينه، وهو تساؤل تكفل المشرع – في القانون المقارن – بالإجابة عنه بالنص على أن المقاول يستحق في مثل هذه الأوضاع أجر المثل مضافا إليه قيمة المواد والمصاريف التي تطلبها العمل[4].

---

(1) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص363.

(2) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص111.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص215. وفي نفس المعنى، انظر:
قرة، فتيحة المرجع السابق، ص241 و242. وانظر أيضا:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص239 و240.

(4) طبقا لنص المادة (796) من القانون المدني الأردني، ويقابله نص المادة (562) من القانون المدني الجزائري.

ويستحق دفع الأجر للمقاول من الباطن (مقاول البناء) عند تسليم العمل إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بخلاف ذلك، ويكون الدفع في المكان المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ففي موطن المقاول الأصلي (المستأجر) وقت الوفاء، أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله[1].

أما إذا أخل المقاول الأصلي (المستأجر) بالتزامه بدفع الأجر فيحق للمقاول من الباطن (مقاول البناء) اللجوء إلى القضاء لطلب التنفيذ العيني أو الفسخ، دون الإخلال بحق المقاول من الباطن في طلب التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض. وللمقاول من الباطن – بالإضافة إلى ما تقدم – الحق في حبس العمل الذي أنجزه لحين قيام المقاول الأصلي (المستأجر) بدفع ما في ذمته من أجر[2].

ثانياً: التزامات المقاول من الباطن (مقاول البناء الذي تعاقد معه المستأجر)

يلتزم المقاول من الباطن (مقاول البناء) في عقد المقاولة من الباطن بجميع التزامات المقاول نحو رب العمل في عقد المقاولة، فيلتزم بإنجاز العمل، وتسليمه بعد إنجازه، وضمانه بعد التسليم[3]، كما يلتزم بالنصح والإرشاد والتعاون في مواجهة المقاول الأصلي (وهو المستأجر في هذه الدراسة)[4].

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص216. وفي نفس المعنى، انظر:
قرة، فتيحة، المرجع السابق، ص243.

(2) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص122 و123. وفي نفس المعنى، انظر:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص240 و241.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص215. وانظر في نفس المعنى:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص241.

(4) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص69.

أ. إنجاز العمل

يلتزم المقاول بتنفيذ العمل المعهود به إليه بمقتضى عقد المقاولة[1]، ولذلك يعد الالتزام الأساسي الذي يلتزم به المقاول من الباطن (مقاول البناء) اتجاه المقاول الأصلي (المستأجر) إنجاز العمل المتفق عليه في عقد المقاولة من الباطن، لا العمل المتفق عليه في عقد المقاولة الأصلية[2]. ويجب أن ينجز العمل بالطريقة المتفق عليها وبالشروط الواردة في العقد (وهو ما يعبر عنه البعض[3] بالالتزام بمطابقة العمل لشروط العقد)، فإن لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف وأصول الصنعة تبعا للعمل الذي يقوم به المقاول من الباطن (مقاول البناء). ويلتزم الأخير – أيضاً – أن ينجز العمل في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق فالواجب إنجاز العمل في المدة المعقولة نظرا لعرف المهنة وطبيعة العمل ومقدار ما يتطلبه من دقة[4].

وعلى ذلك، إذا لم يقم المقاول (مقاول البناء) بتنفيذ العمل أصلا رغم فوات الموعد المحدد لذلك، فإنه يكون مخلا بالتزامه ويسأل مسؤولية عقدية عن هذا الإخلال، ولا يستطيع أن يدفع مسؤوليته إلا بإثبات أن سببا أجنبيا[5] هو الذي منعه من هذا التنفيذ[6].

---

(1) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص111.
وفي نفس المعنى، انظر:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص241.

(2) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص70.

(3) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص116.

(4) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص215 و216. وفي نفس المعنى، انظر:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص241.

(5) ومثال السبب الأجنبي في هذه الحالة: إذا التزام مقاول من الباطن بتشييد بناء، ولكنه لم يقم بذلك لأن الدولة استولت على الأرض المتفق على إقامة البناء فوقها لسب من الأسباب (نزع الملكية للمنفعة العامة مثلا)، فلا يكون المقاول من الباطن مخلا بالتزامه في مثل هذه الأحوال.

(6) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص115.

ولرب العمل (المستأجر في هذه الحالة) الحق في إجبار المقاول (مقاول البناء) على تنفيذ التزامه عينا، فإذا كان هذا التنفيذ ممكنا دون حاجة إلى تدخل المقاول (مقاول البناء)، جاز لرب العمل (المستأجر) أن يطلب ترخيصا من القضاء في القيام بالتنفيذ على نفقة المقاول، ويجوز في حالة الاستعجال أن يقوم رب العمل (المستأجر) بإنجاز العمل المطلوب على نفقة المقاول (مقاول البناء) دون ترخيص من القضاء. أما إذا كان تنفيذ العمل عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المقاول (مقاول البناء) بنفسه، فلا سبيل لإجباره على إنجازه إلا عن طريق الالتجاء إلى الحكم عليه بغرامة تهديدية[1].

وإذا ثبت في أثناء سير العمل أن المقاول من الباطن (مقاول البناء) يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد، فيجوز للمقاول الأصلي (المستأجر) أن ينذر المقاول من الباطن (مقاول البناء) بتنفيذ التزامه حسب شروط العقد من خلال أجل يعينه له، فإذا انقضى الأجل دون تنفيذ، جاز للمقاول الأصلي (المستأجر) أن يطلب فسخ العقد[2]، أما إذا كان العيب جسيما بحيث لا يمكن إصلاحه، فللمقاول الأصلي (المستأجر) طلب الفسخ في الحال دون حاجة لتعيين أجل، وفي الحالتين يظل الأمر متروكا لتقدير قاضي الموضوع[3].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية في قرار صدر عنها بتاريخ 22/ 11/ 1999 بما يلي: «تعطي المادة 785 من القانون المدني الحق لصاحب العمل بفسخ عقد المقاولة إذا ثبت عدم إمكانية إصلاح العمل الذي قام به المقاول، ويترتب

---

(1) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص116.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص217. وفي نفس المعنى، انظر:قرة، فتيحة، المرجع السابق، ص244. وانظر أيضا:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص242.

(3) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص71.

على ذلك عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد عملا بنص المادة (248) من القانون المذكور»(1).

وبتطبيق ذلك على المقاولة المستعملة في تنفيذ عقد التأجير التمويلي، يكون من حق المستأجر طلب فسخ عقد المقاولة من الباطن إذا لم يقم مقاول البناء بإنجاز العمل المتفق عليه.

وفي كل الأحوال، يكون من حق المستأجر طلب تعويض من مقاول البناء عما لحقه من ضرر جراء عدم التنفيذ إعمالا للقواعد العامة في القانون.

ب. الالتزام بتسليم العمل

يلتزم المقاول (المقاول من الباطن في دراستنا) بعد الانتهاء من العمل المطلوب منه أن يسلمه إلى رب العمل، ويكون هذا التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل (المستأجر التمويلي هنا)، بحيث يستطيع أن ينتفع به دون عائق، ولا يشترط لتمامه أن يضع رب العمل (المستأجر) يده فعلا عليه مادام المقاول قد أعلمه بذلك(2).

ولا يعد المقاول من الباطن (مقاول البناء) منفذا لالتزامه ولو قام بتسليم العمل مباشرة إلى صاحب العمل (المؤجر) في المقاولة الأصلية بوصفه أجنبيا عن عقد المقاولة من الباطن، وأن المقاول الأصلي (المستأجر) هو الذي تعاقد معه، لذلك لا يكون التسليم منتجا لآثاره إلا إذا كان للمقاول الأصلي (المستأجر)(3).

ويتم التسليم في الميعاد المتفق عليه، فإن لم يكن هناك اتفاق ففي الميعاد المعقول لإنجاز العمل وفقا لطبيعته وعرف الحرفة، ويكون التسليم في المكان المتفق عليه، فإن لم يكون هناك اتفاق ففي المكان الذي يعينه عرف الحرفة، وإن لم يوجد اتفاق أو عرف

---

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 106/ 1999 بتاريخ 22/ 11/ 1999، منشورات مركز عدالة، الإصدار السابع، 2010.

(2) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص127.

(3) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص75 و76.

فإن التسليم يكون في مكان وجود العقار أو المنقول المعين بالذات[1] (المادة 336/ 1 مدني أردني)، أما إذا كان التسليم يتعلق بشيء معين بالنوع، فإن التسليم يكون في موطن المقاول من الباطن (مقاول البناء) أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله[2] (المادة 336/ 2 مدني أردني).

ويتحمل المقاول من الباطن (مقاول البناء) تبعة هلاك محل العقد قبل التسليم، ففي مثل هذه الأوضاع ليس له أن يطالب بالأجر ولا برد النفقات. أما المواد المستعملة في المقاولة فيتحمل تبعة هلاكها من قام بتوريدها سواء كان المقاول من الباطن (مقاول البناء) أو المقاول الأصلي (المستأجر)[3].

ولكن، إذا كان الهلاك بخطأ من المقاول الأصلي (المستأجر) فإن المقاول من الباطن (مقاول البناء) يستحق أجره كاملا رغم هلاك الشيء، ويلزم المقاول الأصلي (المستأجر) بدفعه إليه. كما يتحمل المقاول الأصلي (المستأجر) الخسارة وحده أيضا في حالة الهلاك، إذا كان المقاول من الباطن (مقاول البناء) قد أخطره بضرورة الحضور لاستلام الشيء المصنوع أو العمل المنجز، فامتنع عن التسلم بغير سبب مشروع (المادة 792 مدني أردني وتقابلها المادة 568 مدني جزائري). ذلك أن إنذار المقاول الأصلي (المستأجر) ثم تأخره عن ذلك يعتبر أن الأخير تسلم العمل مما يجعل تبعة الهلاك تنتقل إليه بوصفه المالك[4].

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص219. وفي نفس المعنى، انظر:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص243.

(2) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص76.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص219. وفي نفس المعنى، انظر: قرة، فتيحة، المرجع السابق، ص245. وانظر أيضاً:
الشهاوي، عبد الفتاح قدري، أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص243.

(4) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص77.

أما عن جزاء الإخلال بالتسليم فلرب العمل (المستأجر في هذا المقام) بعد إعذاره للمقاول (مقاول البناء في هذا الموضع)، أن يطالب بالتسليم (التنفيذ العيني) أو بفسخ العقد، مع حقه في الحالتين في تعويض ما لحقه من أضرار.□ وأخيرا، لابد من التنويه أن التزام المقاول من الباطن (مقاول البناء) بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، فمجرد عدم تحقق التسليم أو تأخره يثير مسؤوليته العقدية ما لم يثبت أن مرد ذلك يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه[2].

ج. الالتزام بضمان سلامة العمل

يلتزم المقاول (مقاول البناء) بضمان العمل الذي قدمه، فيكون ضامنا لأي عيب في الصنعة تقضي أصول الحرفة أن لا يقع فيه[3]. فإذا كان المقاول (مقاول البناء) يلتزم بتنفيذ العمل المعهود به إليه – كما سبق بيانه – وفقاً للمواصفات المتفق عليها، وطبقا لأصول الفن الذي يحكم هذا العمل، فإنه يترتب على ذلك أنه يخل بالتزامه إذا جاء العمل غير مطابق لهذه المواصفات، أو غير متفق مع تلك الأصول، إذ يعتبر العمل في هذه الحالة معيبا، فالمقاول (مقاول البناء) – إذن – يضمن عيوب عمله[4]. وعلاوة على ذلك، يضمن المقاول من الباطن (مقاول البناء) جودة المواد التي قدمها وخلوها من العيوب الخفية[5].

1شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص131.

(2) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص78.

(3) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص219. وفي نفس المعنى، انظر:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص243.

(4) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة على ضوء الفقه والقضاء المرجع السابق، ص149.

(5) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص219.

فالأثر المبرئ للتسليم وإن كان يمس العيوب الظاهرة، إلا أنه لا يشمل العيوب الخفية التي قد لا تظهر إلا بعد واقعة التسليم، على أن عبء إثبات العيب الخفي يقع على المقاول الأصلي (المستأجر)[1].

فإذا ثبت أن ثمة عيوبا في عمل المقاول (مقاول البناء)، أو في المواد المقدمة منه، كان مخلا بالتزامه، وجاز لرب العمل (المستأجر هنا) أن يطالب بالتنفيذ العيني، ويكون ذلك بإصلاح هذه العيوب إذا كان ذلك ممكنا، ولو تطلب الأمر إعادة القيام بالعمل من جديد[2]. ولرب العمل (المستأجر) بدلا من طلب التنفيذ العيني، أن يطلب فسخ المقاولة لإخلال المقاول (مقاول البناء) بالتزامه (تسليم عمل معيب)، وفي الحالتين يحق لرب العمل (المستأجر) المطالبة بتعويض ما لحقه من ضرر جراء إخلال المقاول بالتزامه. كما يجوز لرب العمل (المستأجر) – أيضاً – أن يقبل العمل بعيوبه، فلا يطلب إصلاحه ولا فسخ العقد، فيكتفي بطلب تعويض عما لحقه من ضرر بسبب عيوب العمل أو عيوب المواد المستخدمة فيه[3]. أما إذا تسلم المقاول الأصلي (المستأجر) العمل دون أن يعترض عليه، فالمفروض أنه قبل العمل معيبا، ويبقى مسؤولا عنه في مواجهة رب العمل (المؤجر)، ولذلك عليه أن يتحفظ ويعترض على عمل المقاول من الباطن (مقاول البناء) وقت التسلم[4].

---

(1) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص79.

(2) وهذا ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 4030/ 2005 (هيئة خماسية) بتاريخ 15/ 5/ 2006، منشورات مركز عدالة. إذ جاء في هذا القرار: «... فإذا نفذ العمل بشكل معيب ولم يقم بإصلاح العيوب جاز لصاحب العمل أن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول. وأنّ المقاول الأول يضمن ما تولد عن فعله من ضرر وخسارة لصاحب العمل...».

(3) شنب، محمد لبيب، شرح أحكام عقد المقاولة على ضوء الفقه والقضاء،المرجع السابق، ص150 و151.

(4) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص219. وفي نفس المعنى، انظر:
قرة، فتيحة، المرجع السابق، ص245. وانظر أيضا:
الشهاوي، قدري عبد الفتاح، المرجع السابق، ص243.

د. التزام المقاول من الباطن بالنصح والإرشاد للمقاول الأصلي (المستأجر)

يلتزم المقاول من الباطن (مقاول البناء) بتقديم واجب النصح والإرشاد للمقاول الأصلي (المستأجر)، لأن طبيعة العمل تتطلب نوعا من التعاون المشترك بين الطرفين، ويزداد هذا الالتزام تأكيدا إذا كان المقاول من الباطن (مقاول البناء) أكثر تخصصا في عمله من المقاول الأصلي (المستأجر)[1].

ويكون هذا الالتزام في حدود القدرات الفنية للمقاول من الباطن (مقاول البناء)، ولا يقتصر على العمل الذي يقوم به، بل يشمل المواد والأرض والآلات التي تستعمل في إنجاز العمل، ويغطي هذا الالتزام المرحلة السابقة على التنفيذ وفترة التنفيذ ووقت التسليم[2].

ويجد التزام مقاول البناء مصدره في قاعدة تنفيذ العقد بحسن النية، التي تفرضها القواعد العامة في القانون.

فمثلا، إذا وجد مقاول البناء عيبا في تصاميم البناء، فيجب عليه إخطار المقاول الأصلي بهذا العيب، وإبداء رأيه الفني لتفاديه.

كما قد يحدث أن يكون المقاول الأصلي (المستأجر) قد قام بنفسه بإنجاز جزء من العمل، ثم أسند إلى المقاول من الباطن (مقاول البناء) إتمام الجزء الآخر، ففي مثل هذه الحالة يلتزم المقاول من الباطن (مقاول البناء) قبل أن يبدأ في تنفيذ الجزء المسند إليه أن يفحص ويتحقق – في حدود قدراته وإمكانياته – من سلامة الجزء التي تم تنفيذه، فإذا لاحظ وجود خلل أو عيب في هذا الجزء من العمل وجب عليه إخطار المقاول الأصلي (المستأجر)[3].

---

(1) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص89.
(2) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص92.
(3) عثمان، عبد الحميد، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والكويتي، الطبعة الأولى، 1999، ص49.

فإذا أهمل في ذلك، ونتج عن هذا الإهمال إصابة المقاول الأصلي (المستأجر) بضرر، كان المقاول من الباطن (مقاول البناء) مسؤولا عن عدم تنفيذه لالتزامه بالنصيحة[1].

وسنحت الفرصة لمحكمة النقض الفرنسية للتأكيد على هذا الالتزام، إذ قررت المسؤولية العقدية للمقاول من الباطن (وهو مقاول البناء في دراستنا) عن الأضرار التي أصابت المقاول الأصلي (وهو المستأجر في بحثنا) من جراء الاستعمال الخاطئ لجهاز الأمان، باعتبار أن المقاول من الباطن (مقاول البناء) متخصص في تركيب هذا النوع من الأجهزة، وبالتالي يقع على عاتقه إعلام المقاول الأصلي (المستأجر) بمخاطر استعمالها عند حدوث التسليم[2].

وعموما، إذا كان هناك تشابه بين عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن، إلا أن هذا التشابه لا يصل إلى حد التطابق لسببين: الأول أن رب العمل الأصلي هو الذي يتم العمل لحسابه فعلا، في حين أن المقاول الأصلي لا يكتسب هذه الصفة، ولذلك يدعى رب العمل العرضي. وأما السبب الثاني فيتمثل في أن ضمان المقاول من الباطن بعد التسليم يخضع – كما سنرى لاحقا – لأحكام مختلفة عن أحكام ضمان المقاول الأصلي[3].

وإذ تترك عقود التأجير التمويلي للمستأجر التعاقد باسمه الشخصي مع المقاول فإنها تقصد من ذلك حصر الإشكالات الناجمة عن الجوانب الفنية في العقار بين المستأجر والمقاول من الباطن، على أن يكون للمستأجر الرجوع على المقاول كما لو أن العقار تم بناؤه لحسابه الخاص، وذلك بوصفه ربا للعمل في علاقته بالمقاول من الباطن. وبعبارة أخرى، لا ينبئ التنظيم الاتفاقي لرجوع المستأجر على المقاول من

---

(1) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص90.

(2) Cass. Civ. 18 octobre 1977. B. civ. 111. No 235.

قرار قضائي ذكره: أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص89.

(3) أبو عرابي، غازي خالد، المرجع السابق، ص68.

الباطن عن أي اتجاه نحو تحجيم حقوق المستأجر بأقل مما يقرره القانون لرب العمل[1]. وفي المقابل، يتأكد في الأوضاع التي تستعمل فيها المقاولة من الباطن لوضع عقد الليزنغ موضع التنفيذ إعفاء شركة التأجير التمويلي من كل مسؤولية ناجمة عن بناء العقار[2].

وفي هذا الصدد، إذا علمنا أن القانون الفرنسي[3] مثلا يقرر أن المقاول من الباطن يخضع – فقط – للقواعد العامة في المسؤولية، ولا يخضع للقواعد الخاصة بضمان المقاول (الضمان العشري، ضمان تمام البناء، ضمان جودة التشغيل، قرينة المسؤولية...)، فهل تنطبق هذه التفرقة على المقاولة من الباطن المستخدمة في تنفيذ عقد التأجير التمويلي؟

يجيب أحد الفقهاء على هذا السؤال بالإيجاب إذ قال: «أحكام ضمان المقاول في عقد المقاولة تستهدف حماية رب العمل في مواجهة المقاول، حيث تقوم العلاقة بين أحد محترفي البناء ومستهلك الخدمة الذي لا يكون في الغالب على دراية بالجوانب الفنية لأعمال البناء. بينما تنشأ علاقة المقاولة من الباطن – في الغالب – بين اثنين من محترفي أعمال البناء، فليس هناك بالتالي ما يبرر تقرير حماية خاصة لصالح المقاول الأصلي. ولذلك يصعب القول حتى في ميدان عقود التأجير التمويلي -حيث يكون المستأجر مستهلكا للخدمة وليس محترفا لأعمال البناء- بخلاف ذلك، لأن المشرع يعامل كل صور المقاولة من الباطن على قدم المساواة. وعليه، يكون من مصلحة المستأجر اشتراط تشديد ضمان المقاول في بنود عقد المقاولة من الباطن، ذلك أن القانون لا يعطيه هذا الحق»[4].

وفي غياب مثل هذا الاشتراط يضمن المقاول من الباطن للمقاول الأصلي (المستأجر التمويلي في هذه الحالة) عيوب البناء في حدود القواعد العامة، ففيها حماية

---

(1) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص360.
(2) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص362.
(3) القانون الفرنسي المؤرخ في 23/ 01/ 1967 والمتعلق بالمسؤولية في مجال البناء.
(4) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص361 إلى 364.

كافية له. ومن ثم ينتهي التزامه بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي (المستأجر) العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب، فإن ظهرت عيوب خفية بعد ذلك فلا يكون المقاول من الباطن (مقاول البناء) مسؤولا عنها إلا بالقدر والمدة التي يقضي بها عرف المهنة[1].

ولكن، هل توجد علاقة مباشرة في هذه الحالة بين رب العمل (المؤجر) والمقاول من الباطن[2] (مقاول البناء الذي تعاقد معه المستأجر)؟

لمس الباحث اختلافا في مواقف التشريعات موضوع المقارنة في البحث حول هذه المسألة. فالقانون الفرنسي قرر وجود مثل هذه العلاقة، إذ أعطت المادة (12) من القانون الفرنسي رقم 75/ 1334 المؤرخ في 31/ 12/ 1975 للمقاول من الباطن (مقاول البناء في دراستنا) حق رفع دعوى مباشرة اتجاه رب العمل (المؤجر في هذا المقام) للمطالبة بالأجر المقرر له[3]. وفي نفس الاتجاه سار المشرع الجزائري، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (565) من القانون المدني على ما يلي: «يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الفرعي مثل هذا الحق اتجاه كل من المقاول الأصلي ورب العمل...». إلا أن المشرع الأردني نهج نهجا مختلفا، إذ نفى وجود كل علاقة مباشرة بين رب العمل (المؤجر في بحثنا) والمقاول الثاني (مقاول البناء)، وذلك في نص

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)، المرجع السابق، ص220. وفي نفس المعنى، انظر:
السنهوري، عبد الرزاق، المرجع السابق، ص246. وانظر أيضا:
قرة، فتحية، المرجع السابق، ص244.

(2) استعمل المشرع الفرنسي مصطلح المقاول من الباطن، وهو مصطلح له نفس معنى المقاول الفرعي في القانون الجزائري والمقاول الثاني في القانون الأردني كما هو سيظهر في النصوص القانونية أسفله.

(3) ناصيف، إلياس، العقود الدولية، عقد الليزنغ أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، المرجع السابق، ص203.

المادة (799) من القانون المدني التي جاء فيها: «لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل»[1].

ويثمن الباحث توجه المشرعين الفرنسي والجزائري إلى تقرير دعوى مباشرة للمقاول من الباطن (مقاول البناء) في الرجوع على رب العمل (المؤجر) بما يكون مستحقا له من أجر، وفي حدود ما يكون رب العمل ملتزما به اتجاه المقاول الأصلي (المستأجر). فالمقاول من الباطن (مقاول البناء) لا يأمن رجوعه المباشر على شركة التأجير التمويلي إلا استناداً على النصوص القانونية التي تقرر له مثل هذه الدعوى المباشرة.

ولا يخفى ما للأخيرة من أهمية، إذ يتفادى بها المقاول من الباطن (مقاول البناء) مخاطر إفلاس المقاول الأصلي (المستأجر) الملتزم أصلاً – من الوجهة القانونية – بدفع الأجر له[2].

ورغم هذه الأهمية، يلاحظ أن المشرع الأردني أغفل تقرير دعوى مباشرة لرجوع المقاول الفرعي (مقاول البناء) على رب العمل (المؤجر). إلا أن محكمة التمييز الأردنية خففت من حدة هذا الإغفال، إذ أشارت إلى التزام رب العمل بالتأكد من دفع مستحقات المقاول الفرعي من طرف المقاول الأصلي، وقد ورد ذلك في قرارها رقم 2490/ 2005 الصادر بتاريخ 8/ 3/ 2006 والذي جاء فيه: «... ما يقع على عاتق صاحب العمل فيما يتعلق بالمقاول الفرعي المسمى هو التثبت من أن حقوق هذا المقاول قد تم دفعها من قبل المقاول الأصلي...»[3].

إذن، تخضع علاقة المستأجر التمويلي بمقاول البناء – في الأحوال التي تأخذ فيها وصف عقد مقاولة من الباطن – إلى القواعد العامة في القانون المنظمة لهذه الطائفة من العقود، فيلتزم المستأجر التمويلي – بوصفه مقاولا أصلياً – بتمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل، وتسلم العمل بعد إنجازه، ودفع الأجر. وفي المقابل، يلتزم مقاول

(1) لعل الأصح في هذا النص القانوني هو: «... إلا إذا أحاله الأخير على رب العمل».
(2) دويدار، هاني محمد، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص363.
(3) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2490/ 2005 (هيئة خماسية) تاريخ 8/ 3/ 2006، منشورات مركز عدالة.

البناء باعتباره – مقاولاً من الباطن – بإنجاز العمل، وتسليمه بعد إنجازه، وضمانه بعد التسليم، وتقديم النصح والإرشاد للمستأجر التمويلي.

أما خلاصة هذا المبحث فهي أنه رغم انعدام كل رابطة عقدية تجمع المستأجر بالمورد (أو المقاول) في الغالب الأعم من الحالات، إلا أن استقراء التطبيق يشهد أن المستأجر هو من يختار العين وموردها، ثم يفاوضه ويستلمها منه. وأكثر من ذلك، يملك المستأجر الرجوع على المورد (أو المقاول) مباشرة بدعوى ضمان العيب الخفي. ويقوم المستأجر بالتصرفات السابقة إما باعتباره وكيلا عن المؤجر في عقد الوكالة (فيما يخص اختيار العين وموردها ثم استلامها)، أو ممارسا لحق يمنحه له القانون أو عقد التأجير التمويلي ذاته (فيما يتعلق بدعوى الرجوع الشخصية والمباشرة على المورد).

كما سجل البحث فرضاً واحداً ممكناً يجمع فيه عقد بين المستأجر ومقاول البناء، تلك حالة تعاقد المستأجر – بناءً على اتفاقه مع المؤجر – باسمه الشخصي مع مقاول البناء وفق عقد مقاولة من الباطن. وبالنتيجة، تخضع علاقة المستأجر بالمقاول – في مثل هذا الوضع النادر – للأحكام العامة لذاك العقد، فيسألان شخصيا عن تنفيذه. ولا تثور أية صعوبة لتكييف تصرفات المستأجر في هذه الحالة فيما يتعلق باختيار المقاول ومفاوضته وتسلم العين منه ورجوعه بالضمان عليه، فبكل بساطة، يقوم المستأجر بكل ذلك بوصفه طرفاً أصيلاً في عقد المقاولة من الباطن.

الخاتمة

التأجير التمويلي عقد طرفاه هما المؤجر والمستأجر، إلا أن تكوينه وتنفيذه يتطلبان تدخل طرف ثالث هو المورد (أو المقاول) من ناحية، ويقتضيان إبرام عقد ثان هو التوريد (أو المقاولة) من ناحية أخرى. ويسهل تبرير ذلك باعتبار التأجير التمويلي وسيلة تمويل حديثة تقوم على منح الائتمان العيني لطالبه. ولما كانت تلك الوسيلة تتميز بخصوصيات عديدة، جاء التنظيم التشريعي لها متفردا بدوره، وبشكل خاص، تبرز خصوصية القوانين المنظمة لعقد التأجير التمويلي في مسألتين: فأما الأولى فهي اشتراط الشراء المسبق لمحل العقد، وأما الثانية فهي تقرير دعوى شخصية ومباشرة لرجوع المستأجر على المورد (أو المقاول) بضمان العيوب الخفية للعين المؤجرة.

فإذا أبرم المؤجر والمستأجر عقد تأجير تمويلي أصبحت علاقتهما خاضعة لهذا العقد، وكنتيجة طبيعية لاشتراط شراء محل عقد التأجير التمويلي قانونا، يلجأ المؤجر إلى أحد الموردين لاقتناء المنقول أو أحد المقاولين لتشييد العقار حسب الأحوال، لتنشأ بذلك علاقة عقدية بينهما تفرغ في قالب توريد أو مقاولة. ولا تنعدم كل علاقة شخصية مباشرة تجمع المستأجر بالمورد (أو المقاول)، إذ أعطى القانون للأول حق الرجوع على الثاني بدعوى ضمان العيوب الخفية.

ففيما يخص علاقة المؤجر بالمستأجر، اتضح من خلال هذه الدراسة أنها علاقة يعتريها عدم توازن ظاهر بين أداءات طرفيها[1]. في هذا السياق، لاحظ الباحث اتساعا

(1) وقد كان (عدم التوازن بين الأداءات في اتفاقية التأجير التمويلي) موضوعا لرسالة دكتوراة للدكتور هاني دويدار، ومن بين ما جاء فيها: «...وأول ما يلاحظ عن التجربة الفرنسية في هذا المجال أنها كرست هيمنة شركات التأجير التمويلي على المضمون الاتفاقي، فاستطاعت هذه الشركات أن تضمن الاتفاق الذي يربطها بالمتعاملين معها بعض الشروط التي تتفق ومصالحها، فتولد عن هذا الوضع عدم توازن عقدي في اتفاق التأجير التمويلي، مما يفهم معه تضييق الخناق المالي على المستفيدين من الائتمان...». لمزيد من التفصيل انظر:
Dowidar, M.H: du déséquilibre des prestations dans la convention de crédit-bail, thèse de doctorat, université de Bordeaux, France, 1990, page 79.

في التزامات المستأجر مقارنة بالتزامات المؤجر، حيث يظهر المؤجر في موقع الطرف القوي الذي يفرض شروطه على الطرف الآخر، إذ كثيرا ما يتخلص المؤجر من التزامات كانت ملقاة على عاتقه أصلا عن طريق بنود العقد التي تنقلها إلى المستأجر. وعلاوة على ذلك، قد ينتج تصرف المؤجر في العين المؤجرة أو أقساط الأجرة أثناء فترة العقد التزامات جديدة على المستأجر، كما قد يحرمه من حقوق كانت ثابتة له بموجب عقد التأجير التمويلي. ولذا حري بالمشرع التدخل لإضفاء نوع من التوازن في مراكز الأطراف المتعاقدة في هذه الطائفة من العقود، وسبيله في ذلك هو تقرير بعض التزامات المؤجر التمويلي (مثل الالتزام بالصيانة الضرورية للعين المؤجرة والتأمين عليها، عدم جواز تصرفه في العين المؤجرة طيلة فترة التأجير التمويلي إلا بموافقة خطية من المستأجر، الالتزام بنقل الملكية في نهاية العقد خالية من القيود والحقوق العينية التبعية كالرهن...) بقواعد قانونية آمرة.

من جانب آخر، يستحسن الباحث توجه القوانين المنظمة لعقود التأجير التمويلي نحو تقرير الفسخ بقوة القانون في أغلبية حالات إخلال أحد الأطراف بإحدى التزاماته، مما يمنح ضمانة قانونية قوية لتنفيذ هذا النوع من العقود. كما يؤيد الباحث قيام المشرع الجزائري بالنص على أن فترة عقد التأجير التمويلي غير قابلة للإلغاء تحت طائلة التعويض عن الفسخ التعسفي، وهو ما يسمح بدفع المستثمرين إلى الوثوق أكثر بهذا العقد كوسيلة للاستثمار، دون تحملهم خطر تراجع المستأجر عن العقد قبل استيفاء مبلغ الأصل المؤجر وهامش الربح.

إذن، يربط المؤجر بالمستأجر عقد تأجير تمويلي، ولما كان العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الأطراف أو للأسباب التي يقررها القانون، فإن عقد التأجير التمويلي يرتب للمؤجر والمستأجر مجموعة من الحقوق، ويلقي على عاتقهما جملة من الالتزامات، إلا أن هذه الالتزامات وتلك الحقوق فيها الكثير من الخروج عن القواعد العامة لعقد الإيجار.

وتبدأ علاقة التأجير هذه من تاريخ تسلم المستأجر للعين المؤجرة أو من تاريخ إعلامه بأنها تحت تصرفه، وتنتهي – في الأحوال العادية – بنهاية مدة العقد، وحينئذ إما أن يجدد هذا العقد لفترة أخرى فتظل العلاقة بين الطرفين عقد تأجير تمويلي، وإما أن

يمارس المشتري حقه القانوني في شراء الأصل المؤجر فتصبح العلاقة بين الفريقين عقد بيع، لا يخرج في خصائصه وآثاره عن القواعد العامة للبيع باستثناء تقدير الثمن، إذ يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تحديده مجموع المبالغ التي دفعت كأجرة دورية طيلة مدة التأجير التمويلي، وإما أن يعيد المستأجر المأجور إلى المؤجر واضعا نقطة النهاية للعلاقة بينهما.

ولما كان عقد التوريد (أو المقاولة) يربط المؤجر بالمورد (أو المقاول)، كانت نتيجة ذلك أن هذا العقد هو الذي يحكم العلاقة بينهما. وتعود الخصوصية لتظهر في هذه العلاقة نظرا لكون العقد تفاوض عليه المستأجر والمورد (أو المقاول) رغم أن الأخير سيتعاقد مع المؤجر من ناحية، ولكون عقد التوريد (أو المقاولة) يتفاعل مع عقد التأجير التمويلي رغم استقلاله عنه من ناحية أخرى، ولا أدل على ذلك من أن العقد الأول لم يبرم إلا تنفيذا للعقد الثاني، في حين لا يمكن تنفيذ العقد الثاني دون إبرام وتنفيذ العقد الأول، فضلا عن وحدة محل العقدين، وهو تفاعل يفسر وفق نظرية (المجموعة العقدية).

كما تدق الأمور في علاقة المستأجر بالمورد (أو المقاول)، فرغم أنه في الغالب الأعم من الحالات تنعدم أية رابطة عقدية بينهما، إلا أن استقراء التطبيق يشهد أن المستأجر هو من يختار العين وموردها، ثم يفاوضه ويستلمها منه. وأكثر من ذلك، يملك المستأجر الرجوع على المورد (أو المقاول) مباشرة بدعوى ضمان العيب الخفي. ويقوم المستأجر بالتصرفات السابقة إما باعتباره وكيلا عن المؤجر في عقد الوكالة (فيما يخص اختيار العين وموردها ثم استلامها وتوقيع محضر الاستلام)، أو ممارساً لحق يمنحه له القانون أو عقد التأجير التمويلي ذاته (فيما يتعلق بدعوى الرجوع الشخصية والمباشرة على المورد).

واستمرارا في استغلال الطابع المكمل للقواعد المنظمة لعقد التأجير التمويلي وهيمنة مركزه على العملية، قد يفضل المؤجر الاتفاق مع المستأجر على إبرام عقد مع المقاول باسمه الشخصي. وفي مثل هذه الحالات النادرة، تخضع علاقة المستأجر بمقاول البناء للأحكام العامة لعقد المقاولة من الباطن.

أما مسك ختام هذا الكتاب، فهو إيراد أهم النتائج وأبرز التوصيات التي توصل إليها البحث:

أولاً: النتائج

1. إبرام وتنفيذ عقد التأجير التمويلي يتسمان بالكثير من الخروج عن القواعد العامة في القانون.
2. أول مبدأ قانوني عام يخرقه تنفيذ عقد التأجير التمويلي هو مبدأ الأثر النسبي للعقود، فرغم أن طرفي عقد التأجير التمويلي – من الناحية القانونية – هما المؤجر والمستأجر فقط، إلا أن الأخير يملك الرجوع – مباشرة وباسمه الشخصي – بدعوى ضمان العيوب الخفية على المورد (أوالمقاول) رغم أنه لم يرتبط معه بأي عقد.
3. يتطلب تنفيذ عقد التأجير التمويلي تدخل ثلاث أطراف هي: المؤجر، المستأجر، المورد (أوالمقاول). وفي ظل القانون الأردني – على الأقل – لا يمكن وصف العقد بأنه تأجير تمويلي في حالة غياب الطرف الثالث (المورد أو المقاول).
4. توجد ثلاث علاقات قانونية لازمة لوضع عقد التأجير التمويلي موضع التنفيذ: علاقة المؤجر بالمستأجر (عقد تأجير تمويلي)، وعلاقة المؤجر بالمورد أو المقاول (عقد توريد أو مقاولة)، وعلاقة المستأجر بالمورد أو المقاول (دعوى ضمان العيوب الخفية).
5. في القوانين التي اشترطت الشراء المسبق لمحل العقد، لا يمكن تنفيذ عقد التأجير التمويلي ما لم يبرم وينفذ عقد التوريد (أو المقاولة)، فإعمال هذا الاشتراط يرتب – بالنتيجة – عقد توريد أو مقاولة حسب الأحوال.
6. يتفاعل عقدا التأجير التمويلي والتوريد (أو المقاولة) في كثير من المواضع، ويفسر ذلك بأنهما يشكلان مجموعة عقدية، لأنهما يردان على نفس المحل لتحقيق ذات الغاية.
7. العلاقات الناشئة بمناسبة تنفيذ عقد التأجير التمويلي هي علاقات مستقلة عن بعضها البعض، وفي نفس الوقت، تكمل كل واحدة منها الأخرى.
8. تظل العلاقات الثلاث سالفة الذكر قائمة سواء كان محل عقد التأجير التمويلي منقولا أو عقارا، مع مراعاة أن التصرفات الواردة على العقارات تنفرد ببعض

الشكليات.

9. في ظل العلاقات السابقة، تنشأ التزامات مصدرها العقد تارة والقانون تارة أخرى، وتتمثل في:

أ. يلتزم المؤجر بدفع الثمن إلى المورد (أو المقاول) وإعلامه بنيته في التأجير واسم المستأجر، وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وشهر العقد، وضمان التعرض، ونقل ملكية العين المؤجرة للمستأجر – بناء على رغبة الأخير – في نهاية العقد.

ب. كما يلتزم المستأجر بتسلم الأصل المؤجر من المورد (أو المقاول)، ودفع الأجرة وأداء مقابل التملك – إذا أعمل خيار الشراء – إلى المؤجر، والمحافظة على المأجور وصيانته وتحمل المسؤولية الناشئة عنه، فإذا انتهى العقد بلا تجديد ولا تمليك، التزم المستأجر برد العين المؤجرة إلى المستأجر.

ج. من جانب آخر، يلتزم المورد (أو المقاول) بنقل الملكية إلى المؤجر (طبعا، يلتزم المقاول علاوة على ذلك بتنفيذ العمل وحفظ الأشياء المسلمة له). وتسليم محل العقد إلى المستأجر، وتوقيع محضر بذلك رفقة الأخير، وضمان العيوب الخفية للعين المؤجرة في مواجهة المستأجر.

10. يؤكد إبرام وتنفيذ عقد التأجير التمويلي أن زمن فصل الظواهر الاقتصادية عن الظواهر القانونية قد ولى، فعملية التأجير التمويلي كل متكامل، ينبغي أن يأخذ كل من المشرع والقاضي بعين الاعتبار عند تحليلها وتفسيرها وتحديد آثارها الهدف الاقتصادي من عقد التأجير التمويلي، وكل إغفال لهذه الحقيقة قد يكون من نتائجه مجانبة الفهم السليم والمنطق القانوني.

11. يعد التأجير التمويلي صورة عملية للنظرية القائلة أن الثروة تكمن في استعمال الشيء والحصول على منافعه لا في تملكه[1]، إذ لا تلعب ملكية المؤجر للعين المؤجرة سوى دورا تأمينيا محضا.

12. يمثل المؤجر الطرف المحوري في عملية التأجير التمويلي، فهو الطرف المشترك الذي

(1) ذكر هذه النظرية: السيد، السيد عبد المنعم حافظ، المرجع السابق، ص7.

يتعاقد مع كل من المستأجر والمورد (أو المقاول). وأكثر من ذلك، يحضر المؤجر بنود عقد التأجير التمويلي مسبقا ليقتصر دور من يرغب في الاستئجار في التوقيع على العقد أو عدم التعاقد.

13. يصعب – رغم ما تقدم – وصف عقد التأجير التمويلي بأنه من عقود الإذعان، فالمؤجر ليس محتكرا لخدمة التأجير، كما أن عدم التوازن بين أداءات الطرفين في العقد يرجع إلى طبيعته من جهة وإلى القانون نفسه من جهة أخرى. وبالتالي يستبعد السماح للقاضي بتعديل شروط العقد أو إعفاء المستأجر منها بحجة أنها تعسفية، فالقاضي ملزم قبل كل شيء بتطبيق القانون.

14. يتحمل المستأجر في عقد التأجير التمويلي كثيرا من الالتزامات التي لا تلقى عادة على المستأجر في عقد الإيجار، إلا أنه يمكن تبرير ذلك بأن المستأجر التمويلي يتمتع بفرصة مثالية لتملك العين المؤجرة في نهاية العقد، ومن هنا يكون من المنطقي تحميله للالتزامات الناجمة عن الملكية منذ بداية عقد التأجير التمويلي.

15. يقرر المشرع في القانون المقارن تسهيلات ضريبية يستفيد منها المؤجر والمستأجر في حالة نهاية عقد التأجير التمويلي بممارسة خيار التملك، وهدف المشرع من ذلك تشجيع انتشار عقود التأجير التمويلي لما تحققه من مزايا ظاهرة، وهو توجه استحسنه الباحث.

16. لا يزال التأجير التمويلي قليل الانتشار في الواقع العربي على المستويين التطبيقي والقضائي. ففي الأردن مثلا، يرجع بعض الباحثين[1] سبب ذلك إلى العديد من المعوقات القانونية والاجتماعية والثقافية والتجارية والمالية، في حين يرى البعض الآخر[2] أن العقبات في طريق انتشار التأجير التمويلي من طبيعة عملية تتلخص

---

(1) لمزيد من التفصيل يرجي الرجوع إلى:
مقابلة، علي و جودة، محفوظ، المرجع السابق، ص95.

(2) حدادين، رولا، المقابلة الشخصية السابقة. وقد تم إفادة الباحث في هذا السياق بأن عدد الشركات الممارسة للتأجير التمويلي في الأردن بلغ 31 شركة في سنة 2008، ليصل عدد عقود

أساسا في عدم إلمام طالبي التمويل والمستثمرين بهذه التقنية من جهة، ونقص الشركات الخبيرة المؤهلة لممارسة التمويل عن طريق التأجير من جهة أخرى.

17. جاءت التشريعات – محل المقارنة في البحث – المنظمة لعقد التأجير التمويلي مقتضبة، إذ لاحظ الباحث إغفالها لكثير من المسائل الجوهرية، إلا أن المشرع الأردني أعطى لعقد التأجير التمويلي حقه من التنظيم التشريعي مقارنة مع المشرعين الفرنسي والجزائري.

18. تعامل القضاء الفرنسي مع عقد التأجير التمويلي في أحكام عديدة، وفي المقابل، سجل الباحث ندرة شديدة في القرارات حول موضوع التأجير التمويلي الصادرة عن القضاء الأردني (قراران اثنان فقط[1]) والقضاء الجزائري (ولا قرار قضائي[2]).

ثانياً: التوصيات

1. التأكيد على الطابع الثلاثي لتنفيذ التأجير التمويلي بنصوص تشريعية صريحة تحت طائلة فقد صفة عقد تأجير تمويلي.

2. وضع نصوص قانونية واضحة لبيان مراكز الأطراف الثلاثة المتدخلة في إنجاز عملية التأجير التمويلي.

3. تدخل المشرع لتنظيم العلاقة بين عقدي التأجير التمويلي والتوريد (أو المقاولة)، وقد تكون نظرية المجموعة العقدية –التي سبق استعراضها في متن الرسالة- خير وسيلة لذلك.

4. علاقة المستأجر بالمورد (أو المقاول) لا زال يكتنفها بعض الغموض، خصوصا في

التأجير التمويلي المسجلة لدى مديرية السجل التجاري الأردنية 220 عقدا بنهاية سنة 2009، ورغم ذلك يرى مسجل التأجير التمويلي الأردني أن هذا العدد يضل دون الطموحات.

(1) إلى غاية الإصدار السابع لمنشورات مركز عدالة، 2010.

(2) إلى غاية صدور العدد الأول لسنة 2009 من مجلة المحكمة العليا الجزائرية، قسم الوثائق، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، وحدة الطباعة، روبية، الجزائر، 2010.

ظل التشريعين الجزائري والفرنسي اللذين أغفلا النص على حق المستأجر في الرجوع مباشرة على المورد (أوالمقاول) بالضمان، ولذلك يدعو الباحث إلى مداخلات تشريعية تلم بهذه العلاقة، وذلك من خلال وضع نصوص تعطي للمستأجر حق الرجوع على المورد (أو المقاول) لمطالبته بأداء الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد التوريد (أو المقاولة)، مقابل تقرير حق للمورد (أو المقاول) بالرجوع مباشرة على المستأجر بما له من حقوق قبل المؤجر تكون ناشئة عن الحكم ببطلان أو فسخ عقد التوريد (أو المقاولة)، شريطة أن لا يجاوز هذا الرجوع التزامات المستأجر قبل المؤجر.

5. دعى الباحث المشرعين الفرنسي والجزائري والأردني إلى التنصيص صراحة على عدم ارتباط عقدي التأجير والتوريد (أو المقاول) وجودا وعدما، بحيث لا يؤدي زوال أحدهما إلى زوال الآخر، فحتى لو حكم بزوال عقد التوريد (أو المقاولة) يظل عقد التأجير التمويلي قائما، على أن يحكم للمورد (أو المقاول) بتعويض مناسب عن الأضرار التي لحقته جراء هذا الزوال. وفي الواقع، هذا هو -بالضبط- توجه المشرع المصري عند تنظيمه لهذه المسألة.

6. دعا الباحث المشرع الأردني إلى تنظيم عقد المقاولة ومركز المقاول في نص المادة 2 من قانون التأجير التمويلي، على غرار ما فعل مع عقد التوريد ومركز المورد في ذات المادة، ذلك أن التأجير التمويلي كما يرد على منقولات قد يرد على عقارات يراد بناؤها، فيبرم لهذه الغاية عقد مقاولة لا عقد توريد. وفي ذات السياق، يستحسن لو استعمل المشرع الأردني مصطلح (عقد البيع) لأن مصطلح (عقد التوريد) لا يشمل البيوع العقارية.

7. اختار المشرع الأردني طريقة غير فعالة لشهر عقود التأجير التمويلي، إذ جعل شهر عقود التأجير التمويلي للمنقولات اختياريا من جانب، ولم يحدد الطرف الذي يقع عليه شهر العقد من جانب آخر، وهي انتقادات تفاداها المشرعان الفرنسي والجزائري بنصهما على إلزام المؤجر بشهر العقد، ولذلك يدعو الباحث المشرع الأردني إلى تبني ذات المسلك بخصوص مسألة إشهار عقود التأجير التمويلي.

8. يدعو الباحث المشرعين الجزائري والأردني إلى تبني توجه المشرع الفرنسي بحصر ممارسة التأجير التمويلي العقاري على شركات تنشأ خصوصا لهذا الغرض، ذلك أن هذا النوع من التأجير يتسم بخصوصيات وعقبات قد لا تواجه التأجير التمويلي للمنقولات.

9. تعميم التجربة الفرنسية فيما يخص إنشاء أجهزة متخصصة لكفالة المشروعات التي تختار التأجير التمويلي وسيلة للتمويل في الواقع التشريعي والتطبيقي لكل من الأردن والجزائر، فهذا قد يكون أحسن حل للإشكالية المتمثلة في أن المستأجر لا يقدر على تقديم كفالة في حين أن المؤجر لا يرضى بالتمويل إلا بعد حصوله على كفالة.

10. يوجه الباحث نداء إلى المشرع الأردني بالنص صراحة – على غرار المشرع الجزائري – على الخيارات الثلاث الممنوحة للمستأجر في نهاية عقد التأجير التمويلي: شراء العين المؤجرة، أو تجديد العقد لفترة أخرى، أو رد المأجور إلى المؤجر، وذلك درء للبس.

11. المشرع الجزائري مدعو لتنظيم عقد التوريد (أو المقاولة) الذي يبرم لغايات تكوين وتنفيذ عقد التأجير التمويلي من جهة، والنص – صراحة – على شرط الشراء المسبق لمحل عقد التأجير التمويلي من جهة أخرى.

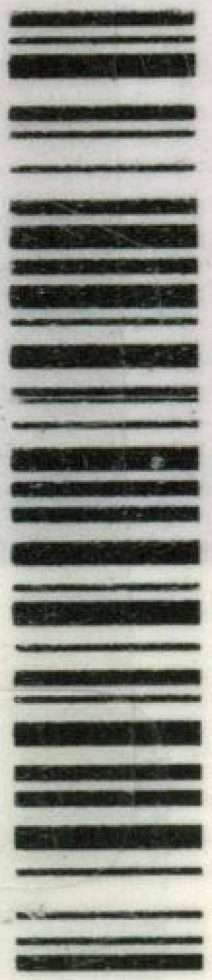
12. يدعو الباحث – أخيراً – الدولتين الجزائرية والأردنية إلى مزيد من التدخل لتعبيد الطريق أمام الانتشار الواسع للتأجير التمويلي من خلال نشر فكرته والتوعية بمزاياه بين الأفراد والشركات على حد سواء، وتعميم تدريس التأجير التمويلي في الجامعات والمعاهد في مختلف التخصصات القانونية والاقتصادية، ذلك أن الأرضية التشريعية متوفرة إلى حد مقبول في البلدين، مما يوحي أن عدم ذيوع التأجير التمويلي فيهما يرجع إلى عوائق عملية أكثر منها تشريعية.

تم بفضل الله وتوفيقه

العلاقات القانونية الناشئة بمناسبة تكوين وتنفيذ

عقد التأجير التمويلي






9789957910419

